

سلسلة إصدارات
الحكمة

(١١)

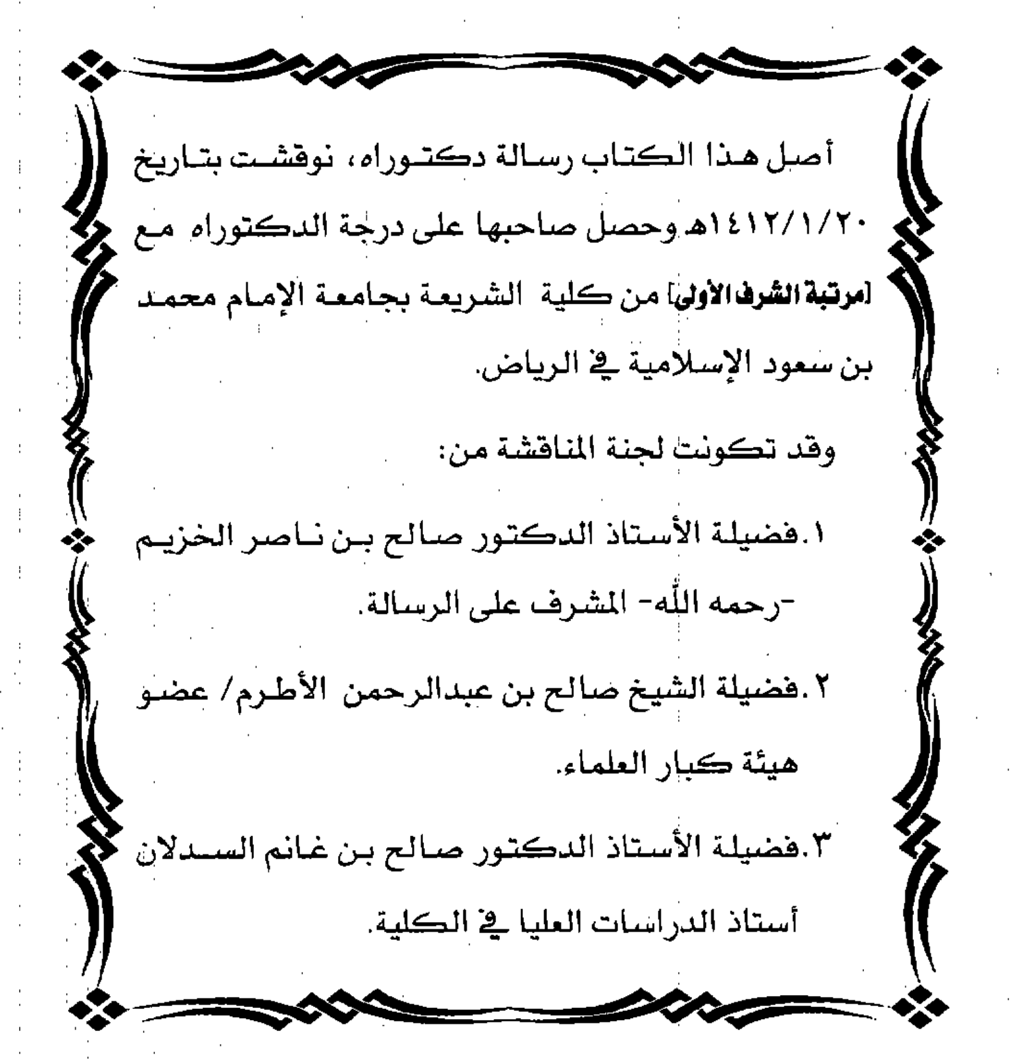
تصرفات الأمين

في العقود المالية

رسالة دكتوراة مقدمة لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

تأليف
الدكتور عبد العزيز بن محمد بن عبد الله الحجيلان

المجلد الأول



أصل هذا الكتاب رسالة دكتوراه، نوقشت بتاريخ ١٤١٢/١/٢٠هـ وحصل صاحبها على درجة الدكتوراه مع [مرتبة الشرف الأولى] من كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية في الرياض.

وقد تكونت لجنة المناقشة من:

١. فضيلة الأستاذ الدكتور صالح بن ناصر الخزيم -رحمه الله- المشرف على الرسالة.

٢. فضيلة الشيخ صالح بن عبدالرحمن الأطرم/ عضو هيئة كبار العلماء.

٣. فضيلة الأستاذ الدكتور صالح بن غانم السدلان أستاذ الدراسات العليا في الكلية.

مقدمة

وتشتمل على ما يلي:

١. الافتتاحية

٢. أهمية الموضوع وأسباب اختياره

٣. منهج البحث

٤. مخطط البحث

الافتتاحية

إن الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ ﴿١٠٢﴾﴾[1].

﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَآءً ۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴿١﴾﴾[2].

﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَـٰلَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ ۗ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴿٧١﴾﴾[3][4].

---

(١) سورة آل عمران الآية (١٠٢).

(٢) سورة النساء الآية (١).

(٣) سورة الأحزاب الآيتين (٧٠-٧١).

(٤) هذه خطبة الحاجة التي رواها عبدالله بن مسعود ﷺ عن النبي ﷺ وأخرجها أبو داود في كتاب النكاح -باب في خطبة النكاح ٢/ ٢٣٨-٢٣٩، الحديث رقم ٢١١٨، وسكت عنه. والترمذي في ابواب النكاح -باب ما جاء في خطبة النكاح ٢/ ٢٨٥-٢٨٦، الحديث رقم ١١١، وقال: «حديث حسن». والبيهقي في كتاب النكاح - باب ما جاء في خطبة النكاح =

أما بعد:

فإن شريعتنا الإسلامية شريعة الكمال والشمول، فقد جاءت وافية بحاجات الناس في شتى أمورهم، ومحققة السعادة لهم في الدنيا والآخرة على أكمل الوجوه، ومواكبة لحاجات البشر في كل زمان ومكان، فهي منهاج كامل للحياة البشرية بكل مقوماتها، قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ تِبْيَٰنًا لِّكُلِّ شَىْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ ﴿٨٩﴾﴾[1].

فكما أنها جاءت بأحكام خاصة بالعبادات لتنظيم علاقة الإنسان بربه -سبحانه وتعالى- ليعبده على الوجه الصحيح، فقد جاءت -أيضاً- بأحكام خاصة بالمعاملات؛ لتنظيم تعامل الناس فيما بينهم في شئون حياتهم لكي لا يتعدى أحد على مال غيره فيأخذه، أو يتلفه، أو يلحق الضرر به، فشرعت العقود على اختلافها، ووضعت لكل عقد ما يناسبه من الأحكام.

ولمّا كان الإنسان يحتاج في بعض هذه العقود لوضع ما له في يد غيره لغرض من الأغراض، فقد يضعه في يد من يعمل فيه بجزء من الربح، أو للنيابة عنه في تصريف شؤونه، أو لحفظه، أو للانتفاع به مدة معينة.. أو لغير ذلك من الأغراض شرع الإسلام ذلك تيسيراً على الناس،

٧/ ١٤٦. والحاكم في كتاب النكاح ٢/ ١٨٢-١٨٣، وسكت عنه هو والذهبي. وأحمد ١/ ٣٩٢، ٣٩٣، ٤٣٢. وعبدالرزاق في كتاب النكاح -باب القول عند النكاح ٢/ ١٨٧-١٨٨، الحديث رقم ١٠٤٤٩. وابن أبي شيبة في كتاب النكاح -باب ما قالوا في خطبة النكاح ٤/ ٣٨٣.

(١) سورة النحل الآية (٨٩).

ووضع حدودا للتصرف في هذا المال من قبل من أصبح في يده بصفته أميناً عليه.

ولما كانت هذه التصرفات دقيقة ومهمة تستحق بذل الجهد والوقت في سبيل جمع شتاتها من ثنايا الكتب، وتنظيمها، ووضعها في كتاب مستقل بعد الدراسة والتمحيص عقدت العزم متوكلاً على الله -سبحانه وتعالى- بعد استشارة مشايخي على أن أتقدم بهذا الموضوع: «**تصرفات الأمين في العقود المالية**» إلى قسم الفقه بكلية الشريعة بالرياض؛ ليكون عنوان أطروحتي لنيل درجة الدكتوراه، فكتب الله -سبحانه وتعالى- لي القبول بمنه وكرمه.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تبرز أهمية هذا الموضوع من حيث إنه يتعلق بجانب المعاملات من شركة، وإجارة، وإعارة، ووكالة، ورهن. . ؛ لأن أمور المعاملات تخفي على كثير من الناس مع شدة حاجتهم إلى معرفتها؛ لأن التعامل بينهم أمر ضروري لقيام حياتهم العملية، ولهذا يدخل فيها من لا يعرف من أحكامها شيئاً، ومعلوم أن الجهل بها يؤدي إلى أكل الأموال بالباطل الذي نهى الله -سبحانه وتعالى- عنه بقوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ﴿٢٩﴾﴾[1]، وخاصة الجهل بتصرفات الأمين في العقود المالية التي

---

(١) النساء في الآية (٢٩).

هي محل البحث؛ لأنه يؤدي إلى التصرف في أموال الناس بغير حق، بل يؤدي إلى إتلافها، أو إضاعتها، وهذه الأهمية هي أهم ما دفعني إلى اختيار هذا الموضوع [تصرفات الأمين في العقود المالية] ليكون موضوع أطروحتي لنيل درجة الدكتوراه.

وأستطيع أن أُلخِّصَ أهم الأسباب التي دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع في الأمور الآتية:

١. حاجة الناس في معرفة ما يملكه من كان في يده مال لغيره بعقد مالي من التصرفات، وما لا يملكه منها حتى لا يعتدي على مال غيره، أو يفرط في حفظه فيتلف أو يضيع، خاصة في هذا العصر الذي يشهد فيه العالم تقدماً مادياً أذهل كثيراً من الناس فاغتروا به وانساقوا وراءه بجمع المال، فاتسعت بذلك دائرة التعامل وازدادت الحاجة -تبعاً لذلك- إلى معرفة الأحكام المتعلقة به.

٢. ضعف الأمانة عند كثير من الناس في هذا العصر؛ لضعف إيمانهم، وحبهم للدنيا، والتنافس فيها، بل انعدمت عند بعضهم، فهو لا يقيم لها وزناً، ولا يرفع لها رأساً، بل يسعى في جمع المال من كل طريق وإن كان بتصرف لا يملكه، فكان لا بدّ من بيان ما يملكه الإنسان وما لا يملكه من التصرفات فيما بين يديه من أموال النالس حتى لا يأكل أحد مال غيره بغير حق.

٣. الرغبة الأكيدة في جمع شتات هذه التصرفات من ثنايا الكتب وتنظيمها في كتاب واحد ليسهل الاطلاع عليها ومعرفتها، حيث لم أطلع على كتابٍ يجمعها بهذا الأسلوب- حسب علمي-.

منهج البحث:

لا بدّ لكل باحث من منهج يسلكه، يحدد معالمه قبل الكتابة، وتتكامل صورته بعد انتهاء الموضوع، ومن أبرز ملامح منهجي في هذا البحث ما يلي:

١. رتّبتُ فصول البحث حسب ترتيب العقود في بعض كتب الحنابلة المشهورة كالمقنع لابن قدامة، والإقناع للحجاوي، وكذلك فعلتُ في المباحث داخل الفصول، وما لم يكن له باب معيّن وضعتُهُ في مكان ما يشابهه إن كان له مشابه وإلا أخرته.

٢. اقتصرتُ على ذكر أقوال أصحاب المذاهب الأربعة -الحنفي، والمالكي، والشافعي، والحنبلي- حسب المستطاع- ومذهب ابن حزم في بعض الأحيان، وإذا لم أذكر قولاً لمذهب من المذاهب فإن ذلك دليل على عدم اطلاعي على قولٍ له فيما بين يديَّ من كتب أصحابه.

٣. رتّبتُ أقوال الفقهاء في كل مسألة خلافية حسب القوة، فقدمتُ القول القوي وأخرتُ الضعيف؛ لكونه -فيما يظهر لي- أوضح للقارىء، ويغني كثيراً عن تكرار بعض الأدلة.

٤. رتّبتُ المذاهب داخل القول حسب الأقدمية، فقدمتُ المذهب الحنفي، ثم المالكي، ثم الشافعي، ثم الحنبلي، ثم ابن حزم.

٥. اعتمدتُ في نسبة القول للمذهب على أمهات كتب أصحابه، فإن لم أطلع على قول لهم فيها بحثت عن ذلك في الكتب التي تبين الأقوال في مختلف المذاهب كالمغني لابن قدامة، وبداية المجتهد لابن رشد،

وحلية العلماء للقفال الشاشي، وإلا استظهرتُهُ من عموم كلامهم، أو بنيته عل قول لهم في مسألة أخرى.

٦. اكتفيتُ في توثيق كل مذهب بالإحالة على بعض كتبه، ولم أوثقه بشيء من أقوال أصحابه إلا في بعض الأحيان عندما يظهر لي أن المقام يتطلب ذلك كما إذا كان كلامهم غير صريح في المسألة، أو لم أطلع على القول إلا في مصدر واحد، أو كان القول بعيداً بحيث يستغربه القارىء، أو نحو ذلك.

٧. نهجتُ في ترتيب المسائل على تقديم الأقوال، ثم بيان الأدلة لكل قول، واتبعتُ كل دليل بما يتعلق به من مناقشة وإجابة عليها ونحو ذلك؛ لأن هذه الطريقة -فيما يظهر لي- أوضح القارىء، وأبعد عن انقطاع تفكيره.

٨. وجَّهْتُ الاستدلال بكل دليل نقلي من خلال كلام أهل العلم إذا اطلعتُ على كلام لهم في ذلك، وإلا قمتُ بتوجيهه حسب استطاعتي وفهمي، إلا إذا كان واضح الدلالة.

٩. ناقشتُ ما ورد عليه مناقشة من الأدلة من خلال كلام أهل العلم عليها، وما لم أطلع على كلام لهم عليه ناقشته حسب اجتهادي وما يظهر لي منه، كما أجبتُ على ما يمكن الإجابة عليه منها من خلال كلام أهل العلم، وإلا أجبتُ عليها حسب اجتهادي.

١٠. بعد استعراض الأقوال، وأدلة كل قول، والمناقشات الواردة عليها، أعمل على الجمع بينها كما هي القاعدة المتبعة في أن إعمال الدليلين

أو القولين -إن أمكن- أولى من إهمال أحدهما.

فإن تعذّر الجمع عمدتُ إلى ترجيح أحد الأقوال بناء على قوة الأدلة، وبما يتمشى مع قواعد الشريعة ومقاصدها العامة.

١١. عزوتُ الآيات القرآنية إلى مواضعها من كتاب الله -سبحانه وتعالى- بذكر السورة، ورقم الآية.

١٢. خرّجتُ الأحاديث الواردة في الرسالة من كتب السنة المعتمدة، وما كان منها في صحيحي البخاري ومسلم أو في أحدهما لم أتعرض للكلام على الحكم عليه للاتفاق على صحة ما ورد فيهما أو في أحدهما، وما لم يكن كذلك بينت درجته نقلاً عن جهابذة هذا الفن، ولم أتركْ إلا ما لم أعثر على كلامٍ حوله حسب جهدي واطلاعي.

وما لم أعثر عليه في كتب السنة المعتمدة أبين من ذكره من الفقهاء للاستئناس، وهي قليلة جداً.

١٣. خرَّجتُ الآثار الواردة في الرسالة من كتب الآثار المعتمدة مع الحكم عليها من خلال كلام أهل العلم عليها إلا ما لم أطلع على كلام لهم حوله حسب جهدي واطلاعي، وما لم أعثر عليه في كتب الآثار المعتمدة أبين من ذكره للاستئناس وهي قليلة جداً.

١٤. عرّفتُ العقود الواردة في الرسالة بتعريفٍ موجزٍ في اللغة والشرع في الهامش، كما فسّرت الألفاظ الغريبة في بعض الأحاديث والآثار وكلام الفقهاء من كتب الغريب واللغة.

١٥. لّما كانت الشهرة بالنسبة للأعلام أمراً نسبياً يصعب ضبطه، فهي تختلف باختلاف أصحاب كل مذهب، وأصحاب كل فن فقد

ترجمت لكل الأعلام الوارد ذكرهم في الرسالة ماعدا الخلفاء الأربعة، والأئمة الأربعة؛ لشهرتهم الواسعة، وأملا في التوصل إلى ضابطٍ دقيقٍ في ذلك.

مخطط البحث[1]:

يشتمل البحث على مقدمةٍ، وتمهيدٍ، وثلاثة أبوابٍ، وخاتمةٍ.

المقدمة: وتشتمل على الأمور التالية:

١. الافتتاحية

٢. أهمية الموضوع وسبب اختياره.

٣. منهج البحث.

٤. مخطط البحث.

التمهيد: وفيه خمسة أمور:

الأمر الأول: تعريف التصرف، وأقسامه.

الأمر الثاني: تعريف الأمانة والأمين.

الأمر الثالث: تعريف العقد، وأقسامه، والمراد بعقود الأمانات.

الأمر الرابع: المراد بالأمين في العقود المالية.

الأمر الخامس: حكم حفظ الأمانة وأدائها، والأدلة على ذلك.

---

(١) وقد اقتصرت في أغلبه على ذكر الأبواب، والفصول، والمباحث تجنباً للإطالة مع ورود التفصيل في فهرس الموضوعات في آخر الرسالة ومن خلال التفصيل في ثنايا البحث.

الباب الأول: تصرفات الأمين في عقود التمليك

وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول: تصرفات الشريك في مال الشركة

وفيه تمهيد، واثنان وعشرون مبحثاً:

التمهيد: ويشتمل على بيان أنواع الشركة في كل مذهب من المذاهب الأربعة بإيجاز.

المبحث الأول: بيع مال الشركة، والشراء لها.

المبحث الثاني: إقراض مال الشركة.

المبحث الثالث: الاستدانة على مال الشركة.

المبحث الرابع: إرهان وارتهان مال الشركة.

المبحث الخامس: الإحالة على مال الشركة والاحتيال به.

المبحث السادس: أخذ السفتجة وإعطاؤها بمال الشركة.

المبحث السابع: التوكيل على مال الشركة.

المبحث الثامن: المشاركة بمال الشركة.

المبحث التاسع: المضاربة بمال الشركة.

المبحث العاشر: إبضاع مال الشركة.

المبحث الحادي عشر: الاستئجار للشركة، وإجارة مالها.

المبحث الثاني عشر: إعارة مال الشركة.

المبحث الثالث عشر: إيداع مال الشركة.

المبحث الرابع عشر: التبرع من مال الشركة.

المبحث الخامس عشر: الإبراء من مال الشركة.

المبحث السادس عشر: إعتاق عبد الشركة، ومكاتبته.

المبحث السابع عشر: تزويج عبد الشركة، أو أمتها.

المبحث الثامن عشر: وطء الشريك لأمة الشركة.

المبحث التاسع عشر: الإقرار بالدين على الشركة.

المبحث العشرون: السفر بمال الشركة.

المبحث الحادي والعشرون: خلط الشريك مال الشركة بماله.

المبحث الثاني والعشرون: تلف مال الشركة تحت يد الشريك، وضمانه.

الفصل الثاني: تصرفات في مال المضاربة[1]:

وفيه تسعة عشر مبحثاً:

المبحث الأول: بيع مال المضاربة، والشراء لها.

---

(١) أفردتُ التصرفات في المضاربة في فصل مستقل مع أنها نوع من أنواع الشركة لإفراد كثير من الفقهاء لها في باب مستقل، ولاختلافها في كثير من الأحكام عن بقية الأنواع عند كثير من الفقهاء.

المبحث الثاني: تصرفات الأجير فيما تحت يده.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تصرفات الأجير الخاص فيما تحت يده، وضمانه له عند التلف.

المطلب الثاني: تصرفات الأجير المشترك فيما تحت يده، وضمانه له عند التلف.

المطلب الثالث: تصرفات الطبيب، وضمانه عند التلف.

المطلب الرابع: تصرفات الراعي فيما تحت يده من البهائم، وضمانه لها عند التلف.

الباب الثاني: تصرفات الأمين في عقود التفويض والإطلاق

وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول: تصرفات الوكيل فيما وكّلَ عليه.

وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: بيع الوكيل لما وكّلَ في بيعه، وشراؤه لما وكّلَ في شرائه.

المبحث الثاني: صلح الوكيل عن موكله.

المبحث الثالث: توكيل الوكيل غيره فيما وكل فيه.

المبحث الرابع: انفراد أحد الوكلاء بالتصرف إذا تعددوا.

المبحث الخامس: تصرفات الوكيل بعد عزله.

المبحث السادس: تلف المؤكَّل عليه تحت يد الوكيل وضمانه.

الفصل الثاني: تصرفات المستعير في العارية[1].

وفيه تمهيد، وسبعة مباحث:

التمهيد: وفيه الكلام على خلاف الفقهاء في منافع العارية، هل هي مملوكة للمستعير، أو مباحة له؟

المبحث الأول: رهن العارية.

المبحث الثاني: استيفاء المنفعة بالوكيل.

المبحث الثالث: إجارة العارية.

المبحث الرابع: إعارة العارية.

المبحث الخامس: إيداع العارية.

المبحث السادس: استيفاء منفعة أكثر من المنفعة المعقود عليها.

---

(١) نقلت التصرف في العارية من عقود التمليك إلى عقود التفويض والإطلاق بناء على أن الراجح أنها تفيد إباحة الانتفاع لا ملك المنفعة كما سيأتي بابه إن شاء الله.

---

(١) قمت بتعديل فصلي تصرفات الوصي، وتصرفات الولي بجمعهما في فصل واحد بهذا العنوان؛ لأنه بعد البحث في كتب الفقهاء، وبعد التمعن في عنوان الرسالة ظهر لي أن تصرفات الأب والجد لا تدخل في الموضوع؛ لأنهما يتصرفان بالأصالة وليس بعقد، والموضوع في التصرف إذا كان بعقد كما سأبينه في المراد بالأمين في العقود المالية في التمهيد إن شاء الله.

على أني لم افعل ذلك إلا بعد استشارة فضيلة المشرف وموافقته عليه.

الخاتمة

وقد أوضحت فيها أبرز النتائج التي توصلتُ عليها في هذا البحث.

ثم ذيلتُ الرسالة بفهارس شاملة تتيح للمطلع سهولة الرجوع إلى ما يريد والاستفادة منها، وهي كما يلي:

١. فهرس الآيات القرآنية.

٢. فهرس الأحاديث النبوية.

٣. فهرس الآثار.

٤. فهرس الأعلام.

٥. فهرس المصادر والمراجع.

٦. فهرس الموضوعات.

وبعد فهذا هو منهج البحث والخطة التي سرتُ عليها، فإن كان عملي صواباً فمن الله -وله وحده الحمد والشكر على ذلك-، وإن كان غير ذلك فمني، غير أني لم أتعمده، واسأل الله أن يغفر لي، وحسبي أني كنت حريصاً على الصواب جاهداً في تحصيله والوصول إليه.

هذا وقد حاولتُ -قدر المستطاع- الإلمام بالموضوع وجمع أطرافه -رغم تشعبه- معتذراً للقارىء الكريم عما حصل فيه من نقص، أو خطأ أو زلة قلم، لأن قدرة البشر محدودة، وهم مجبولون على النقص، إذ الكمال لله -سبحانه وتعالى- والعصمة لرسله- صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين-.

وفي الختام لا يفوتني أن أذكر الفضل لأهله، فأتوجه أولاً بالشكر إلى الله -سبحانه وتعالى- الذي منَّ عليَّ بنعم لا تعد ولا تحصى، منها أن

جعلني من أتباع سيدنا ونبينا محمّد ﷺ، ثم وفقني لطلب العلم الشرعي، ومدَّ في عمري حتى أنهيتُ هذا البحث الذي أسأله -تعالى- أن يكون خالصاً لوجهه الكريم، وأن يتقبله، ويرفع به درجاتي إنه جواد كريم.

ثم أتوجه بالشكر لجامعتنا المباركة جامعة الإمام محمّد بن سعود الإسلامية على رعايتها للعلوم الشرعية وقيامها عليها خير قيام، كما أشكر كلية الشريعة بالرياض وقسم الفقه فيها خاصة ممثلاً بأعضائه الأفاضل على ما لقيته منهم من توجيه واهتمام ومتابعة.

ولا يفوتني أن أتوجه بالشكر الجزيل لفضيلة شيخي الدكتور/ صالح ابن ناصر الخزيم -رحمه الله- المشرف على الرسالة، والذي بذل جهده ووقته في سبيل توجيهي وإرشادي بصدر رحب ونفس تفيض بالبشر والسرور، أسأل الله -سبحانه وتعالى- أن يجعل ذلك في ميزان حسناته، ويجزيه عني خير الجزاء، ويكتب ذلك في صحيفة حسناته ويجعله من أعماله الجارية.

كما أشكر كل من أعانني وساعدني على إخراج هذه الرسالة من أصحاب الفضيلة المشايخ والزملاء وذلك بالتوجيه والإرشاد، أو إعارة الكتب إلى غير ذلك سائلاً الله -سبحانه وتعالى- للجميع التوفيق لما يحبه ويرضاه من الأقوال والأعمال إنه سبحانه سميع مجيب.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمّد وعلى آله وصحبه أجمعين.

كتبه

عبدالعزيز بن محمّد بن عبدالله الحجيلان

التمهيد

لمّا كان التمهيد للرسالة لا بدّ أن يكون مشتملاً على بيان عنوان الرسالة؛ لكي يتضح للقارئ المقصود بها، وما الذي يدخل تحت عنوانها والذي لا يدخل تحته كان من المناسب أن أُمهِّد لرسالتي هذه بالأمور الآتية:

الأمر الأول: تعريف التصرف، وأقسامه.

الأمر الثاني: تعريف الأمانة والأمين.

الأمر الثالث: تعريف العقد، وأقسامه، والمراد بعقود الأمانات.

الأمر الرابع: المراد بالأمين في العقود المالية.

الأمر الخامس: حكم حفظ الأمانة وأدائها، والأدلة عليه.

الأمر الأول
تعريف التصرف وأقسامه

١- تعريف التصرف في اللغة:

يبدأ بالثلاثي مصدر تصرّف يتصرّف تصرّفا، مشتق من الصرف، وهو في اللغة التَّجرُبة والتَّقَلُّبُ والحِيلة.

قال الأزهري[١]: «والصَّرْفُ: التَّقَلُّبُ والحِيلة، يقال: فلان يَصْرِفُ ويَتَصَرَّفُ ويصطَرِفُ لِعِيَالِه: أي يكتسب لهم»[٢].

وقال ابن فارس[٣]: «الصاد والراء والفاء معظم بابه يدل على رجع الشيء، من ذلك صرفت القوم صرفاً وانصرفوا إذا رجعتهم فرجعوا..»[٤].

---

(١) هو محمّد بن أحمد بن طلحة الأزهري، الهروي، اللغوي، الشافعي، يكنى بأبي منصور، إمام عالم باللغة، قيّم بالفقه والرواية، أخذ اللغة عن مشايخ بلده، ولازم المنذري الهروي اللغوي، له مصنفات منها: تهذيب اللغة، والألفاظ الفقهية، وكتاب التفسير، توفي سنة ٣٧١ هـ.
(إنباه الرواة على أنباه النحاة ٤/ ١٧٧-١٨١، طبقات الشافعية للسبكي ٢/ ١٠٦-١٠٧).

(٢) تهذيب اللغة، مادة "صرف" ١٢/ ١٦١.

(٣) هو أحمد بن فارس بن زكريا القزويني، اللغوي، يكنى بأبي الحسين، أحد أئمة اللغة والأدب أصله من "قزوين"، أقام مدة بـ"همدان"، ثم انتقل إلى "الري"، ومن شيوخه: أحمد بن طاهر المنجّم، ومن تلاميذه البديع الهمذاني، له مصنفات منها: معجم مقاييس اللغة، اللامات، وتوفي سنة ٣٩٥ هـ.
(إنباه الرواة على انباه النحاة ١/ ١٢٧-١٣٠، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة ١/ ٣٥٢).

(٤) معجم مقاييس اللغة/ مادة «صرف» ٣/ ٣٤٢.

٢- معنى التصرف في الاصطلاح:

كلمة «التصرف» كلمة استعملها الفقهاء كثيراً في كثير من أبواب الفقه كالحجر والإكراه والغرر وسائر العقود، ولكنهم لم يخصوها بعنوان مستقل، وإنما فعل ذلك المتأخرون، ولم أطلع في كتب الفقه على تعريفٍ محدد للتصرف، ولكن ذكر ذلك بعض المعاصرين، ومنهم محمد أبو زهرة[١]، حيث قال: «التصرف الشرعي: كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب عليه الشارع أثراً شرعياً»[٢].

وعرّفه محمّد شلبي[٣] فقال: «التصرف . . ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج سواء كانت في صالح ذلك الشخص أو لا»[٤].

كما عرّفه أحمد فراج حسين[٥] فقال: «التصرف: هو ما يصدر من الشخص المميز بإرادته قولاً أو فعلاً ويرتب عليه الشارع نتيجة ما، وهو يشمل الالتزام والعقد..»[٦].

---

(١) هو محمّد بن أحمد أبو زهرة، ولد بمدينة المحلة الكبرى بمصر، وتعلم بمدرسة القضاء الشرعي، ثم بكلية أصول الدين، تولى وكالة كلية الحقوق بجامعة القاهرة، ووكالة معهد الدراسات الإسلامية، وغيرها من الوظائف، له مؤلفات كثيرة منها: الخطابة، الأحوال الشخصية، وتوفي سنة ١٣٩٤ هـ. (الأعلام ٦/ ٢٥-٢٦).

(٢) الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص٢٠١.

(٣) جاء على غلاف كتابه المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي بأنه الأستاذ محمّد مصطفى شلبي أستاذ الشريعة الإسلامية بجامعتي الإسكندرية وبيروت، ولم أطلع على ترجمة وافية له.

(٤) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص٤١٣.

(٥) لم أطلع على ترجمة له.

(٦) الملكية ونظرية العقد لأحمد فراج ص١٤١.

ومن خلال هذه التعاريف يتضح أن تعريف محمّد أبو زهرة فيه شيء من الإجمال، أما تعريف شلبي وفراج فقد قيداه بالمميز، فأخرجا ما يصدر عن غير المميز عن حكم التصرفات الفعلية، فيوجب الدية على العاقلة في حالة القتل مثلاً.

وعلى كل حال فمن مجموع هذه التعريفات أستطيع القول بأن التصرف هو: ما يصدر عن الشخص بإرادته ويرتّب عليه الشارع أثراً شرعياً سواء كان من جانب واحد أم من جانبين نقلاً أو إسقاطاً، قولاً أو فعلاً، نافعاً لهذا الشخص أو ضار له.

٣- العلاقة بين معنى التصرف اللغوي والاصطلاحي:

المعنى الاصطلاحي للتصرف مقيد بالإرادة الصادرة عن الشخص التي يرتب عليها الشارع أثراً شرعياً.

ولو قارنا هذا التعريق بالمعنى اللغوي وهو التجربة والتقلب والحيلة لوجدنا أن العلاقة وثيقة بينهما، فإن المعاني اللغوية لا تكون إلا بإرادة نافذة، فلا يمكن أن يوصف العمل الذي يقوم به الشخص -إذا كان خالياً من الإرادة- بأنه تجربة أو تقلب أو حيلة، بل أقرب ما يوصف بأنه صدفة، فالعمل العفوي الذي يصدر من الإنسان كما أنه لا يوصف بالتجربة أو التقلب أو الحيلة فإنه أيضاً لا يطلق عليه التصرف الشرعي الذي يرتب الشارع عليه أثراً شرعياً.

٤- أقسام التصرف:

يُقَسِّم كثير من الفقهاء التصرفات إلى: قولية، وفعلية، ونافعة، وضارة، يتضح ذلك جلياً عند استقراء كلامهم على تصرفات المحجور عليهم، والمقرّ، ونحو ذلك[١].

وقد قسَّم القرافي[٢] التصرف في الحقوق والأملاك إلى قسمين:

القسم الأول: النقل.

وهو تصرف يفتقر إلى قبول، وهو ثلاثة أنواع:

الأول: نقل بعوض في الأعيان كالبيع، والقرض.

الثاني: نقل بعوض المنافع كالإجارة، والمساقاة، والمزارعة، والقراض، والجعالة.

الثالث: نقل بغير عوض كالهدايا، والوصايا، والعمري، والوقف على معيّن، والهبات، والصدقات، والكفارات، والزكاة والمسروق من أموال الكفار، والغنيمة في الجهاد فإن ذلك كله نقل ملك في أعيان بغير عوض.

---

(١) الدر المختار ٦/ ١٤٣، شرح المحلي على المنهاج ٣/ ٣٣٣.

(٢) هو أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن الصنهاجي، شهاب الدين، أبو العباس، المشهور بالقرافي، المالكي، انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك، وكان إماماً بارعاً في الفقه، والأصول، والعلوم العقلية، وله معرفة بالتفسير، له مصنفات منها: اليواقيت في أحكام المواقيت، والذخيرة، والفروق، وتوفي سنة ٦٨٤ هـ.
(الديباج المذهب ص ٦٢-٦٧، الأعلام ١/ ٩٤-٩٥).

القسم الثاني: الإسقاط.

وهو تصرف لا يفتقر إلى قبول، وهو نوعان:

الأول: إسقاط بعوض كالخلع، والعفو على مال، والكتابة، وبيع العبد من نفسه، والصلح على الدين وعلى التعزير، فجميع هذه الصور يسقط فيها الثابت ولا ينتقل إلى الباذل ما كان يملكه المبذول له من العصمة وبيع العبد ونحوها.

الثاني: إسقاط بغير عوض كالإبراء من القصاص، والإبراء من التعزير، والإبراء من حد القذف، وكالطلاق، وإيقاف المساجد ونحوها، فجميع هذه الصور يسقط فيها الثابت، ولا ينتقل لغير الأول[1].

(١) الفروق ٢/ ١١٠.

الأمر الثاني
تعريف الأمانة والأمين

أولاً: تعريف الأمانة والأمين في اللغة:

الأمانة عند علماء اللغة مصدر أمين، وهي ضدّ الخيانة، والأمن ضدّ الخوف، والأمين هو المؤتمن، وتقول العرب: رجل أمّان، إذا كان أميناً، ويقال: رجل أُمنَة، إذا كان يأمنه الناس ولا يخافون غائلته. قال الخليل[١]: «الأمن ضد الخوف، والفعل منه: أمن يأمن أمناً، والمَأْمَن: موضع الأمن، والأَمَنَة من الأمن، اسم موضع من أمنتُ، والأمان: إعطاء الأمنة، والأمانة نقيض الخيانة، والمفعول: مأمون وأمين ومؤتمن من ائتمنه»[٢].

وقال ابن فارس: «الهمزة والميم والنون أصلان متقاربان: أحدهما الأمانة التي هي ضد الخيانة، ومعناها سكون القلب.. قال الخليل: الأمنة من الأمن والأمان إعطاء الأمنة، والأمانة ضد الخيانة، يقال: أمنت أماناً، وأمني يؤمنني إيماناً، والعرب تقول: رجل أمّان إذا كان أميناً، وقال

---

(١) هو الخليل بن أحمد بن عبدالرحمن الفراهيدي، الأزدي، يكنى بأبي عبدالرحمن، نحوي، لغوي، عروضي، استنبط من العروض ما لم يستخرجه أحد ولم يسبقه إلى علمه سابق من العلماء، وكان زاهداً، عفيف النفس، لا يختار صحبة الملوك والأمراء، له مصنفات منها: العين، العروض، الشواهد، وتوفي سنة ١٧٥ هـ. (مراتب النحويين: ص٥٤-٧٢، البلغة في تراجم أئمة النحو واللغة ص٩٩، إنباه الرواة ١/ ٣٧٦-٣٨٢).

(٢) معجم العين، مادة (أمن) ٨/ ٣٨٨-٣٨٩.

اللّحياني[1] وغيره: رجل أُمنَةَ إذا كان يأمنه الناس ولا يخافون غائلته..»[2].

وقال المطّرزي[3]: «و(الأمانة) خلاف الخيانة وهي مصدر أمين الرجل أمانة فهو أمين إذا صار كذلك، هذا أصلها ثم سمي ما تأتمن عليه صاحبك أمانة، ومنها قوله تعالى: ﴿وَتَخُونُوٓاْ أَمَٰنَٰتِكُمْ﴾[4].

وقال ابن منظور[5]: «أمن: الأَمان والأَمانة بمعنى، وقد أَمِنْتُ فأنا أَمِنٌ، وآمَنْتُ من الأَمْن والأَمان، والأَمْنُ ضد الخوف، والأمانة ضد الخيانة..، وقال ابن السِّكّيت[6]: الأَمين: المؤتمن، والأمين: المؤتَمَن:

---

(١) هو علي بن حازم اللّحياني، يكنى بأبي الحسن، حفظ عن الكسائي، والفراء، وغيرهما، قيل: إنه شهر بحفظه للنوادر، وكان يدرسها بالليل والنهار، ذكر أنه ألّف فيها، ولم تعرف سنة وفاته. (إنباة الرواة ٢/ ٢٥٥، بغية الوعاة ٢/ ١٨٥، مراتب النحويين ص١٤٢).

(٢) معجم مقاييس اللغة، مادة (أمن) ١/ ١٣٣-١٣٤.

(٣) هو ناصر بن عبد السيد بن علي المطرزي، الخوارزمي، أبو الفتح، الحنفي، اديب، نحوي، لغوي، فقيه، تتلمذ على أبيه، والمحدث أبي عبدالله التاجر، والبقّالي، والهرّاسي، وكان معتزلي الاعتقاد، له مؤلفات منها: المغرب في ترتيب المعرب، والإيضاح في شرح مقامات الحريري، ورسالة في إعجاز القرآن، توفي سنة ٦١٠ هـ. (إنباه الرواة ٣/ ٣٣٩-٣٤٠، بغية الوعاة ٢/ ٣١١).

(٤) المغرب، مادة (أمن) ١/ ٤٦، سورة الأنفال الآية (٢٧).

(٥) هو محمّد بن مكرم بن علي بن أحمد بن أبي القاسم بن حبقة بن منظور الأنصاري، الأفريقي، المصري، يكنى بأبي الفضل، من أبرز علماء اللغة والأداب، خدم في ديوان الإنساء بالقاهرة، ثم ولي القضاء في طرابلس، ثم عاد إلى مصر، له مؤلفات منها: لسان العرب، مختصر تاريخ دمشق لابن عساكر، مختار الأغاني، وتوفي سنة ٧١١ هـ. (الدرر الكامنة ٤/ ٢٦٢-٢٦٤، شذرات الذهب ٦/ ٢٦-٢٧).

(٦) هو يعقوب بن إسحاق السِّكّيت، ويكنى بأبي يوسف، لقي أبا عمرو الشيباني، والفراء، وابن الأعرابي، قال عنه الأزهري: كان ديّناً فاضلاً صحيح الأدب.. روى عن فصحاء =

من الأضداد..»[١].

ثانيا: تعريف الأمين عند الفقهاء:

قال الشيخ عبدالرحمن بن ناصر السعدي[٢] -رحمه الله- في تعريف الأمين: «أما الأمين فهو كل من ائتمنه الإنسان على ماله ورضي ببقائه بيده على وجه الإبقاء أو الاستعمال بعوض أو غيره»[٣].

الأعراب، له مؤلفات حسان منها: إصلاح المنطق، المقصور والممدود، التأنيث والتذكير، توفي سنة ٢٤٦ هـ. (طبقات النحويين واللغويين للزبيدي ص٢٠٢-٢٠٤، بغية الوعاة ٢/ ٣٤٩، مراتب النحويين ١٥١-١٥٣).

(١) لسان العرب، مادة (أمن) ١٣/ ٢١.

(٢) هو عبدالرحمن بن ناصر بن عبدالله آل سعدي، الناصري، التميمي، ولد في عنيزة سنة ١٣٠٧هـ، وتوفيت أمه وهو في الرابعة من عمره، ثم أبوه وهو في الثانية عشرة، فعطف عليه أخوه محمّد فنشأ نشأة حسنة، فأخذ الحديث عن إبراهيم الجاسر، والفقه والنحو عن محمّد الشبل، ومختلف العلوم عن صالح بن عثمان القاضي، حتى انتهت إليه رئاسة العلم في القصيم، له مؤلفات منها: تيسير الكريم المنان، والقول السديد في مقاصد التوحيد، والإرشاد إلى معرفة الأحكام، وتوفي سنة ١٣٧٦ هـ. (النعت الأكمل ص٤٢٨-٤٢٩، ومشاهير علماء نجد ص ٣٩٢-٣٩٧).

(٣) الإرشاد إلى معرفة الأحكام ص ١٤١.

الأمر الثالث

تعريف العقد، وأقسامه، والمراد بعقود الأمانات

أولاً: تعريف العقد:

تعريف العقد في اللغة:

العقد في اللغة يطلق على الجمع بين أطراف الشيء وربطها، كما يطلق على الإمساك والتوثيق[١]، فيطلق على ما فيه ربط حسي كما في قولك: عقدتُ الحبل، وعلى ما فيه ارتباط معنوي كعقد النكاح[٢].

تعريف العقد عند الفقهاء:

أما العقد في اصطلاح الفقهاء، فعرّفه أبو زهرة بقوله: «الربط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعي بالتزام لأحد الطرفين أو لكليهما»[٣].

العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي:

عند التأمل في المعنيين اللغوي والاصطلاحي للعقد يتضح أن بينهما عموم وخصوص، فالمعنى اللغوي أعم من الاصطلاحي، وهذا واضح.

قال محمّد أبو زهرة: «..هذا معنى العقد في اللغة، والمعنى الذي اصطلح عليه الفقهاء لكلمة العقد لا يبعد عن المعنى اللغوي له، بل هو في الواقع تقييد للمعنى اللغوي وحصر له، وتخصيص لما فيه من العموم»[٤].

---

(١) القاموس المحيط، مادة «عقد» ١/ ٣٢٧، لسان العرب، مادة «عقد» ٣/ ٢٩٦، المصباح المنير، مادة «عقد»١/ ٤٢١.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٦/ ٢٦٦.

(٣) الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص١٩٩.

(٤) المرجع السابق.

ثانياً: أقسام العقد:

ينقسم العقد إلى تقسيمات مختلفة لاعتبارات مختلفة أذكر أهمها على سبيل الإجمال تحاشياً للإطالة، وذلك بما يلي:

التقسيم الأول: أقسام العقد باعتبار وصفه:

وهي كما يلي:

أولاً: ينقسم إلى صحيح، وغير صحيح.

فالصحيح هو: ما كان مستجمعاً لشروط الصحة والانعقاد، أي ما كانت أركانه وشروطه وأوصافه سليمة على نحو تترتب عليه آثاره المقررة له شرعاً.

وغير الصحيح: ما ليس كذلك[1].

ثانياً: وينقسم إلى نافذ، وموقوف.

فالنافذ هو: العقد الصحيح الصادر من كامل الأهلية والولاية، كعقد البالغ العاقل الرشيد لنفسه أو نيابة عن غيره.

والموقوف هو: العقد الصادر ممن يتمتع بالأهلية ولا يملك إصدار هذا العقد وإنشاءه، كتصرف الفضولي.

---

(١) هذا عند الجمهور، أما الحنفية فيقسمون غير الصحيح إلى باطل، وفاسد، فالباطل عندهم: ما اختل ركن من أركانه، والفاسد: ما اختلّ وصف من أوصافه اللازمة له، كاقتران العقد بشرط فاسد، أو كان الثمن مؤجلاً إلى أجلٍ مجهول، فتكون الأقسام عندهم في هذه الحالة ثلاثة: صحيح، وباطل، وفاسد.

ثالثاً: وينقسم إلى لازم، وغير لازم.

فالعقد اللازم هو: العقد الذي لا يملك أحد العاقدين فسخه دون رضا الآخر، كالبيع، والإجارة.

وغير اللازم، ويسميه بعض الفقهاء العقد الجائز هو العقد الذي بطبيعته يمكن فسخه من قبل أحد العاقدين دون رضا الآخر، كالوديعة، والعارية، وقد يكون لازماً لأحد العاقدين دون الآخر مثل عقد الرهن، والكفالة.

التقسيم الثاني: أقسام العقد باعتبار اتصال آثاره بصيغته:

وهي كما يلي:

أولاً: ينقسم إلى عقود منجزة، وعقود مضافة إلى المستقبل، وعقود معلقة، فالعقد المنجز هو: العقد الذي تكفي صيغته لانعقاده وترتب آثاره عليه في الحال، كما في عقد البيع ونحوه.

والعقد المضاف إلى المستقبل هو: العقد الذي تدل صيغته على إنشائه من حين صدور هذه الصيغة ولكن آثاره لا تترتب عليه إلا في زمن مستقبل عينه العاقدان في العقد، كما لو قال إنسان لآخر: أجرتك هذه الدار بألف ريال ابتداء من الشهر القادم.

وتنقسم العقود من جهة قبولها الإضافة وعدمه إلى ثلاثة أقسام:

أ. عقود بطبيعتها لا تنعقد إلا مضافة للمستقبل وهي الوصية والإيصاء.

ب. عقود لا تقبل الإضافة، وهي عقود التمليكات التي تفيد تمليك

الأعيان وهي البيع، والصلح على مال، والشركة، والهبة، والقسمة، والإبراء من الدين، وكذلك عقد النكاح.

جـ. عقود تقبل الإضافة، فيصبح إيقاعها منجزة ومضافة للمستقبل كالإجارة والمزارعة والعارية، والوكالة، ونحو ذلك.

والعقد المعلق هو: العقد الذي عُلِّقَ وجوده على وجود شيء آخر، كما لو قال شخص لآخر: إذا سافرتُ خارج المملكة فأنت وكيلي في بيع داري.

وتنقسم العقود من جهة قبولها للتعليق وعدمه إلى ثلاثة أقسام:

أ. عقود لا تقبل التعليق: وهي عقود التمليكات التي تفيد تمليك الأعيان أو المنافع كالبيع، والقرض، والإجارة، ونحو ذلك.

ب. عقود تقبل التعليق بكل شرط، كالوكالة، والوصية، والإيصاء.

جـ. عقود تقبل التعليق لكن بشرط أن يكون المعلق عليه شرطاً ملائماً للعقد، أي مناسباً لمقتضى العقد حسب الشرع أو العرف، ومنها الكفالة، والحوالة.

التقسيم الثالث: أقسام العقد باعتبار نوع آثاره:

تتنوع العقود بالنسبة لنوع آثارها إلى مجموعات، وقد يكون للعقد أكثر من غرض، فيندرج تحت أكثر من مجموعة، وهي كما يلي:

أولاً: عقود التمليكات: وهي التي يكون الغرض منها تمليك العين أو المنفعة، بعوض، أو بدون، فالتي بعوض هي عقود المعاوضات، والتي بدونه هي عقود التبرعات، فمن الأولى البيع، والسلم،

والإجارة، والمضاربة، والمزارعة، والمساقاة، ومن الثانية الهبة، والإعارة[(١)]، والوصية، والصدقة.

ثانياً: الإسقاطات: وهي التي يراد بها إسقاط ما للإنسان من حق، ومن ذلك الطلاق، والإعتاق، والعفو عن القصاص، والإبراء.

ثالثاً: عقود التفويض والإطلاق: وهي التي تتضمن تفويض الإنسان غيره وإطلاقه في التصرف بعمل كان ممنوعاً منه قبل ذلك، ومن ذلك الوكالة، والإيصاء والإذن للصغير بالتجارة.

رابعاً: التقييدات: وهي تصرفات يراد بها منع إنسان من تصرف كان مباحاً له من قبل، ومن ذلك عزل الوكيل، وناظر الوقف، وعزل الأوصياء، والقضاة.

خامساً: عقود التوثيقات، وهي التي يكون الغرض منها تأمين الدائن على دينه من قبل مدينه، ومن ذلك الرهن، والكفالة، والحوالة.

سادساً: عقود الشركات، وهي التي يكون الغرض منها الاشتراك في العمل والربح ومن ذلك المضاربة، والمساقاة، والمزارعة.

سابعاً: عقود الحفظ: وهي التي يقصد بها حفظ المال، كعقد الوديعة[(٢)].

---

(١) هذا بناء على القول بأنها تفيد تمليك المنفعة، ولكن الأرجح كما سيأتي في موضعه -إن شاء الله- أنها تفيد الإباحة فتكون داخلة تحت المجموعة الثالثة وهي عقود التفويض والإطلاق، لإطلاق يد المستعير في الانتفاع بعد أن كان ممنوعاً منه، والله أعلم.

(٢) تنظر هذه التقسيمات في: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٣٦-٣٣٧، والأشباه والنظائر للسيوطي ص٢٧٥-٢٨٣، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص٤٢٠-٤٢٤، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد شلبي ص٣٨١-٣٨٨، والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبدالكريم زيدان ص٣٦٥-٣٧٦.

ثالثاً: المراد بعقود الأمانات:

المراد بعقود الأمانات عند الفقهاء هي: العقود التي يكون محلها -وهو المال المقبوض فيها- أمانة في يد قابضة كالشريك، والمضارب، والمستأجر، وعامل المساقاة والمزارعة، والمستعير..

ولهذا بوّب الخشني المالكي(١) للأمناء بابا مستقلاً في كتابه أصول الفتيا ذكرهم فيه، فذكر منهم الوصي، والمستودَع، والشريك، والعامل في المضاربة، والمستأجر، والمستعير، والمرتهن..(٢).

وقال ابن الدهان الشافعي(٣): «وأعلم أن الأيدي ثلاث: يد أمانة كالوكيل، والمودَع، والشريك، والوصي، والحاكم، والمرتهن، ويد ضامن كالغاصب والمستعير. . .»(٤)(٥).

قال ابن سعدي: «..فدخل في الأمانات الودائع، والرهون، والأعيان

---

(١) هو محمّد بن حارث بن أسد الخشني، أبو عبدالله، تفقّه بالقيروان، ثم قَدِمَ الأندلس وتفقه على مشايخها، واستقر بقرطبة، وولي الشورى فيها، وكان حافظاً للفقه متقدما فيه، وله مؤلفات منها: كتاب أصول الفتيا، وكتاب في تاريخ الأندلس، وكتاب فقهاء المالكية، وتوفي سنة ٣٦١ هـ، وقيل سنة ٣٦٤ هـ. (ترتيب المدارك ٤/ ٥٣١، الديباج المذهب ص٢٥٩-٢٦٠).

(٢) أصول الفتيا على مذهب الإمام مالك ص ٣٩١-٣٩٣.

(٣) هو محمّد بن علي بن شعيب بن بركة البغدادي، المعروف بابن الدهان فقيه، فرضي، نحوي، لغوي، مؤرخ، فلكي، صحب الوزير جمال الدين الأصبهاني، ثم تحوّل إلى خدمة صلاح الدين الأيوبي، ثم ارتحل إلى مصر، ثم عاد إلى دمشق، ثم خرج إلى مكة، ومنها إلى العراق، له مؤلفات منها: تقويم النظر، وغريب الحديث، والمنبر في الفرائض، توفي سنة ٥٩٠ هـ. (طبقات الشافعية للإسنوي ١/ ٢٦٠-٢٦٢، إنباه الرواة ٣/ ١٩١-١٩٣).

(٤) هذا على مذهب الشافعية، ولكن الراجح كما سيأتي في موضعه -إن شاء الله- أنها يد أمانة.

(٥) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة، ونبذ مذهبية نافعة ٢/ ٧١٠.

المؤجرة وأموال الشركة على اختلافها، والأعيان الموكل عليها حفظاً وتصرفاً، والأموال التي هو ولي عليها كالولي على مال اليتيم، والوقف، والوصايا والوصي وما أشبه ذلك»[١].

وقال الدكتور محمّد فيض الله[٢]: «وعقود الأمانات هي العقود التي يكون محلها، وهو المال المقبوض فيها أمانة في يد القابض، لا يضمنه إلا إذا تعدى عليه أو قصّر في حفظه»[٣].

---

(١) الإرشاد إلى معرفة الأحكام ص١٤١.

(٢) هو الأستاذ الدكتور محمّد فوزي فيض الله، من مواليد حلب عام ١٩٢٥م، وحصل على الليسانس من الأزهر عام ١٩٤٧م، والدكتوراه في الفقه ايضاً منه عام ١٩٦٢م، أستاذ ورئيس قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه في جامعة دمشق سابقاً، وأستاذ في كلية الحقوق والشريعة بجامعة الكويت حالياً، له مؤلفات منها: نظرية الضمان، والمذاهب الفقهية. (أنظر هذه الترجمة على غلاف كتابه نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، والغلاف الخلفي لكتابه المذاهب الفقهية).

(٣) نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام ص٤٩.

الأمر الرابع

المراد بالأمين في العقود المالية

بعد أن تبين في الأمر السابق معنى العقد وأقسامه، والمراد بعقود الأمانات، يحتاج القارىء إلى معرفة المراد بالأمين في العقود المالية -أيضاً- حتى يتضح له العنوان، فما المراد به؟

المراد بالأمين في العقود المالية هنا هو: الأمين في عقد من العقود التي يكون محل العقد فيها عيناً مالية كما تقدم في الأمر السابق.

فبناء على ذلك لا تدخل في العنوان تصرفات الملتقط في اللقطة، ولا تصرفات الأب والجد في مال ولده الصغير والمجنون ونحوهما؛ لأن كلا من الملتقط والأب والجد ليس أميناً بعقد.

كما لا يدخل فيه ما كان محل العقد فيه ليس عيناً مالية، كتصرفات المولى على تدبير شؤون الصغير أو المجنون في نفسه، وليس على تدبير شؤون ماله.

فعلى هذا يكون معنى العنوان: تصرفات الأمين إذا كان أميناً في عقد من العقود التي يكون محلها عيناً مالية.

الأمر الخامس
حكم الأمانة وأدائها، والأدلة عليه

حفظ الأمانة وأداؤها واجب على من ائتمن عليها، والخيانة في ذلك محرمة، وقد عدّها الهيتمي[(١)] في الزواجر من كبائر الذنوب حيث قال: «الكبيرة الأربعون بعد المائتين: الخيانة في الأمانات، كالوديعة، والعين المرهونة، أو المستأجرة، وغير ذلك»[(٢)].

والأدلة على ذلك كثيرة، ومن أهمها ما يلي:

أولا: من الكتاب:

١. قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا..﴾[(٣)].

وجه الاستدلال:

قال ابن سعدي: «فأمر بأدائها إلى أهلها، ومن لازم الأداء الحفظ،

---

(١) هو أحمد بن محمّد بن حجر الهيتمي، السعدي، الأنصاري، الشافعي، المصري ثم المكي، تتلمذ على عمارة المصري، والرملي، وأبي الحسن البكري، وغيرهم، وبرع في مختلف العلوم وخصوصاً الفقه الشافعي، وصنف التصانيف الحسنة، ومنها: فتح الجواد، تحفة المحتاج شرح المنهاج، والصواعق المحرقة، وتوفي سنة ٩٧٣ هـ. (شذرات الذهب ٨/ ٣٧٠-٣٧٢، البدر الطالع ١/ ١٠٩).

(٢) الزواجر عن اقتراف الكبائر ١/ ٤٤٢.

(٣) سورة النساء الآية (٥٨).

فإنه لا يتم بدونه»[1].

٢. وقال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَخُونُوا۟ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ وَتَخُونُوٓا۟ أَمَـٰنَـٰتِكُمْ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٢٧﴾﴾[2].

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذه الآية الكريمة بأن الله -سبحانه وتعالى- نهى فيها عن خيانة الأمانات، وهذا يعم كل أمانة، والأصل في النهي التحريم، فدل ذلك على تحريم الخيانة في جميع الأمانات بل يجب حفظها وأداؤها إلى أهلها.

٣. وقال الله -سبحانه وتعالى- في معرض الثناء على المؤمنين: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِأَمَـٰنَـٰتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَٰعُونَ ﴿٨﴾﴾[3].

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذه الآية الكريمة بأن الله -سبحانه وتعالى- وصف المؤمنين بمراعاتهم للأمانات، والمقصود بمراعاتها حفظها وأداؤها، وقرن ذلك بالمحافظة على الصلاة، وأداء الزكاة، وحفظ الفروج إلا على الزوجة والأمة المملوكة، وهذه الأمور واجبة، فكذلك حفظ الأمانات وأداؤها.

وهذا عام في جميع الأمانات، قال ابن سعدي عن هذه الآية: «وهذا عام في جميع الأمانات، التي هي حق الله، والتي هي حق للعباد،..

---

(١) الإرشاد إلى معرفة الأحكام ص١٤١.

(٢) سورة الأنفال الآية (٢٧).

(٣) سورة المؤمنون الآية (٨)، سورة المعارج الآية (٣٢).

فجميع ما أوجبه الله على عبده أمانة، على العبد حفظها بالقيام التام بها، وكذلك يدخل في ذلك أمانات الآدميين كأمانات الأموال، والأسرار ونحوها، فعلى العبد مراعاة الأمرين، وأداء الأمانتين»[١].

ثانياً: من السنة:

١. ما رواه أبو هريرة[٢] ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «آية المنافق ثلاث: إذا حدّث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا ائتمن خان»[٣].

---

(١) تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان ٥/ ٣٣٥.

(٢) اختلف في اسمه اختلافاً كثيراً، فقيل: عبدشمس، وقيل غير ذلك، وصحح النووي في التهذيب أن اسمه عبدالرحمن بن صخر الدوسي، وكُني بأبي هريرة لأنه كان يحمل معه هرة، كان من أكثر الصحابة حفظاً للحديث، أسلم سنة ٧ هـ، ولزم النبي ﷺ وروى عنه نحو ٥٣٧٤ حديثاً، ولي إمرة المدينة مدة، ثم البحرين، وتوفي بالمدينة سنة ٥٧ هـ، وقيل ٥٨ هـ وقيل ٥٩ هـ. (طبقات ابن سعد ٢/ ٣٦٢، أسد الغابة ٥/ ٣١٥-٣١٧، الإصابة ٧/ ١٩٩-٢٠٧، تهذيب الأسماء واللغات ٢/ ٢٧٠).

(٣) رواه الترمذي في كتاب الإيمان -باب علامات المنافق ١/ ١٤ بهذا اللفظ. وفي كتاب الشهادات - باب رقم ٢٨، ٣/ ١٦٢. وفي كتاب الوصايا -باب قول الله -تعالى-: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ ٣/ ١٨٨-١٨٩. وفي كتاب الأدب -باب قول الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَكُونُوا۟ مَعَ ٱلصَّـٰدِقِينَ ﴿١١٩﴾﴾. وما ينهى عن الكذب ٧/ ٩٥. ومسلم في كتاب الإيمان -باب بيان خصال المنافق، ١/ ٧٨-٧٩، الأحاديث ١٠٧-١١٠. والترمذي في أبواب الإيمان -باب في علامة المنافق ٤/ ١٣٠، الحديث رقم ٢٧٦٦. والبيهقي في كتاب الوديعة -باب ما جاء في الترغيب في أداء الأمانات ٦/ ٢٨٨. وأحمد ٢/ ٣٥٧، ٣٩٧، ٥٣٦. كما جاء من حديث عبدالله بن عمرو ﷺ بلفظ: «أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً ومن كان فيه خصلة منهن كان فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا ائتمن خان..» الحديث. وقد رواه البخاري في كتاب الإيمان -باب علامات المنافق ١/ ١٤. ومسلم والترمذي في الكتابين والبابين السابقين. والبيهقي في كتاب الجزية- باب الوفاء بالعهد إذا كان العقد مباحاً وما ورد من التشديد في نقضه ٩/ ٢٣٠. وأحمد ٢/ ٢٠٠.

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن الرسول ﷺ جعل خيانة الأمانة من علامات النفاق، كالكذب، وإخلاف الوعد، ومعلوم أنه لا يجوز الاتصاف بصفة من صفات المنافقين، بل يجب الابتعاد عن ذلك، فعلى هذا يجب حفظ الأمانة وأداؤها لصاحبها.

٢. ما جاء في قصة أبي سفيان[١] مع هرقل[٢] حيث قال هرقل: سألتُكَ ماذا يأمركم فزعمت أنه أمركم بالصلاة، والصدق، والعفاف، والوفاء بالعهد، وأداء الأمانة، قال: وهذه صفة نبي»[٣].

وهذا الحديث واضح الدلالة، حيث أمر فيه النبي ﷺ بأداء الأمانة، والأصل في الأمر الوجوب.

٣. ما رواه عمران بن حصين ﷺ[٤] قال: قال رسول الله ﷺ:

---

(١) هو صخر بن حرب بن أمية القرشي، الأموي، ولد قبل الفيل بعشر سنين، وأسلم ليلة الفتح، وشهد حنيناً والطائف مع رسول الله ﷺ وأعطاه مائة وأربعين أوقية من غنائم حنين واستعمله على نجران، ومات وهو وال عليها، ورجع إلى مكة فسكنها مدة، ثم المدينة، فمات بها سنة ٣١ هـ، وقيل: ٣٢ هـ. (أسد الغابة ٣/ ١٢/ ١٣، الإصابة ٣/ ٢٣٧-٢٣٨)

(٢) هرقل -بكسر الهاء وفتح الراء وسكون القاف- هو ملك الروم، وهرقل اسمه، ولقبه قيصر، كما يلقب ملك الفرس كسرى، ونحوه. (فتح الباري ١/ ٣٣).

(٣) رواه البخاري في كتاب الشهادات -باب من أمر بإنجاز الوعد ٣/ ١٦٢، بهذا اللفظ. وأحمد ١/ ٢٦٣.

(٤) هو عمران بن حصين بن عبيد بن خلف الخزاعي، الكعبي، يكنى بأبي نجيد، أسلم عام خيبر، وغزا مع رسول الله ﷺ غزوات، وبعثه عمر إلى البصرة ليفقه أهلها، وكان من فضلاء الصحابة واستقضاه عبدالله بن عامر على البصرة فأقام يسيراً ثم طلب الإعفاء فأعفاه وكان مجاب الدعوة، ولم يشهد الفتنة، توفي بالبصرة سنة ٥٢ هـ. (طبقات ابن سعد ٤/ ٢٧٨، أسد الغابة ٤/ ١٣٧-١٣٨، الإصابة ٥/ ٢٦-٢٧).

«خيركم قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم»، قال عمران: لا أدري أذكر النبي ﷺ بَعْدُ قرنين أو ثلاثة، قال النبي ﷺ: «إن بعدكم قوماً يخونون ولا يؤتمنون، ويشهدون ولا يستشهدون، وينذرون ولا يَفُون، ويظهر فيهم السِّمَنُ»[1].

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن الرسول ﷺ وصف قرنه بالخيرية، ثم الذي يليه، ثم الذي يليه، ثم أخبر أنه سيأتي بعد ذلك قوم يخونون في الأمانة...، فيفهم من ذلك أن من يفعل ذلك لا خير فيه، وهذا يدل على وجوب حفظ الأمانة وأدائها؛ لأن من يترك شيئاً غير واجب لا يوصف بعدم الخيرية.

كما أنه ﷺ قرن الخيانة في الأمانة بالشهادة قبل طلبها، وبعدم الوفاء بالنذر، وذلك لا يجوز، فكذلك الخيانة في الأمانة.

٤. ما رواه أبو هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»[2]. وهذا الحديث واضح الدلالة.

---

(١) رواه البخاري في كتاب الشهادات -باب لا يشهد على شهادة جور إذا شهد ٣/ ١٥١، بهذا اللفظ. وفي كتاب بدء الخلق -باب فضائل الصحابة ٤/ ١٨٩. وفي كتاب الرقاق -باب ما يحذر من زهرة الدنيا والتنافس فيها ٧/ ١٧٣-١٧٤. وفي كتاب الأيمان والنذور -باب إثم من لا يفي بالنذر ٧/ ٢٣٣. ومسلم في كتاب فضائل الصحابة -باب فضل الصحابة، ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ٤/ ١٩٦٤-١٩٦٥، الأحاديث ٢١٤، ٢١٥. وابو داود في كتاب السنة -باب في فضل أصحاب رسول الله ﷺ ٤/ ٢١٤، حديث رقم ٤٦٥٧. والنسائي في كتاب الإيمان والنذور -باب الوفاء بالنذر ٧/ ١٧-١٨، حديث رقم ٣٨٠٩. وأحمد ٤/ ٤٢٦، ٤٢٧، ٤٣٦، ٤٤٠.

(٢) رواه أبو داود في كتاب البيوع -باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده ٣/ ٢٩٠، حديث رقم ٣٥٣٥، واللفظ له، وسكت عنه. والترمذي في أبواب البيوع -باب رقم ٣٨، =

٥. ما رواه أنس بن مالك[(١)] ﷺ قال: ما خطبنا رسول الله ﷺ إلا قال: «لا إيمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا عهد له»[(٢)].

وهذا الحديث واضح الدلالة، وهو من ألفاظ الوعيد التي تُمَر كما جاءت.

هذا طرف من الأحاديث الواردة في وجوب حفظ الأمانة وأدائها، وتحريم الخيانة أكتفي بها لصحتها ووضح دلالتها، وإلا فالأحاديث

٢/ ٣٦٨، حديث رقم ١٢٨٢، وقال: «هذا حديث حسن غريب». والدارقطني في كتاب البيوع ٣/ ٣٥، حديث رقم ١٤٢، والدرامي في كتاب البيوع -باب في أداء الأمانة واجتناب الخيانة ٢/ ١٧٨، حديث رقم ٢٦٠٠. والحاكم في كتاب البيوع ٢/ ٤٦، وقال: «صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه» ووافقه الذهبي في تلخيصه. وقال ابن الجوزي: «هذا الحديث من جميع طرقه لا يصح» (العلل المتناهية ٢/ ١٠٣). وقال ابن حجر: «قال الشافعي: هذا الحديث ليس ثابت..، ونقل عن الإمام أحمد أنه قال: هذا حديث باطل لا أعرفه من وجهه يصح» (تلخيص الحبير ٣/ ٩٧). وقال البنا: «وللحديث طرق كثيرة غير ما تقدم ولكنها لا تخلو من مقال، وبكثرة طرقه يتقوّى» (بلوغ الأماني ١٩/ ٩٣). وقال الألباني: صحيح، وقد روي عن جماعة من الصحابة منهم أبو هريرة، وأنس بن مالك، ورجل سمع النبي ﷺ «ثم قال بعد سياق طرقه: «..وجملة القول: أن هذا الحديث بمجموع هذه الطرق ثابت، فما نقل عن بعض المتقدمين أنه ليس بثابت فذلك باعتبار ما وقع له من طرق، لا بمجموع ما وصل إلينا منها، والله أعلم». (إرواء الغليل ٥/ ٣٨١-٣٨٣).

(١) هو أنس بن مالك بن النضير بن ضمضم الأنصاري، الخزرجي، النجاري خادم رسول الله ﷺ، كان عمره لما قدم الرسول ﷺ المدينة عشر سنين، وخدمه عشر سنين، وكان من المكثرين من الرواية عنه، شهد الفتوح، وسكن البصرة، وتوفي بها سنة ٩١ هـ، وقيل ٩٢ هـ، وقيل ٩٣ هـ، وهو آخر من مات بها من الصحابة (طبقات ابن سعد ٧/ ١٧، أسد الغابة ١/ ١٢٧-١٢٩، الاستبصار ص٣٢-٣٤).

(٢) رواه أحمد ٣/ ١٣٥، ١٥٤، ٢١٠، ٢٥١. وقال البنا: «وسنده حسن». (بلوغ الأماني ١٩/ ٢٣٣). والبيهقي في كتاب الوديعة -باب ما جاء في الترغيب في أداء الأمانات ٦/ ٢٨٨. وفي كتاب الجزية -باب الوفاء بالعهد إذا كان العقد مباحاً وما ورد من التشديد في نقضه ٩/ ٢٣١.

لواردة في ذلك كثيرة إلا أني ضربت عنها صفحا، لأنها لا تخلو من ضعف، وتجنباً للإطالة مع حصول المقصود بما ذكرت.

ثالثاً: من أقوال الصحابة -رضي الله عنهم-:

١. ما روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال: «لا يغرنك صلاة رجل ولا صيامه، من شاء صام ومن شاء صلى، ولكن لا دين لمن لا أمانة له»[١].

وفي لفظ آخر: «لا تنظروا إلى صلاة أحد ولا إلى صيامه ولكن انظروا إلى من إذا حدث صدق، وإذا ائتمن أدى..»[٢].

٢. ما روي عن عبدالله بن مسعود ﷺ[٣] أنه قال: القتل في سبيل الله يُكَفر الذنوب كلها إلا الأمانة، قال: يؤتى بالعبد يوم القيامة وإن قتل في سبيل الله فيقال: أدِّ أمانتك، فيقول: أي رب كيف وقد ذهبت الدنيا؟ فيقال: انطلقوا به إلى الهاوية[٤]، فينطلق به إلى الهاوية، وتُمثل له أمانته كهيئتها يوم دفعت إليه، فيراها فيعرفها، فيهوي في أثرها حتى يدركها، فيحملها على منكبيه حتى إذا ظن أنه خارج قلت عن منكبيه، فهو يهوي في أثرها أبد الآبدين، ثم قال: الصلاة أمانة، والوضوء أمانة، والوزن أمانة، والكيل أمانة، وأشياء عددها، وأشد

---

(١) رواه البيهقي في كتاب الوديعة -باب ما جاء في الترغيب في أداء الأمانات ٦/ ٢٨٨.

(٢) رواه البيهقي في الكتاب والباب السابقين.

(٣) هو عبدالله بن مسعود بن غافل الهذلي، يكنى بأبي عبدالرحمن، أسلم قديماً، ولازم النبي ﷺ وكان صاحب نعليه، وحدّث عنه كثيراً، وشهد بدراً وما بعدها من المشاهد، وتوفي سنة ٣٢ هـ وقيل ٣٣ هـ. (طبقات ابن سعد ٢/ ٣٤٢، أسد الغابة ٣/ ٢٥٦-٢٦٠، الإصابة ٤/ ١٢٩-١٣٠).

(٤) المقصود بها جهنم -أعاذنا الله منها-، وهذا اسم من أسمائها، قال تعالى في سورة القارعة: ﴿وَأَمَّا مَنْ خَفَّتْ مَوَازِينُهُ ۝ فَأُمُّهُ هَاوِيَةٌ ۝ وَمَا أَدْرَاكَ مَا هِيَهْ ۝ نَارٌ حَامِيَةٌ ۝﴾.

ذلك الودائع، قال: يعنب زاذان[١]: فأتيتُ البراء[٢] بن عازب، فقلتُ: ألا ترى إلى ما قال ابن مسعود؟ قال: كذا، قال: صدق، أما سمعت الله يقول: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾[٣].

٣. ما روي عن عبدالله بن مسعود ﷺ أنه قال: أول ما تفقدون من دينكم الأمانة، وآخر ما تفقدون الصلاة[٤].

وهذه الآثار واضحة الدلالة.

---

(١) هو ابن عبدالله، ويقال: أبو عمر الكندي، الكوفي، الضرير، وثّقه ابن معين، وابن سعد، والعجلي، وغيرهم، وقال الحاكم: ليس بالمتين عندهم، وتوفي سنة ٨٢ هـ. (طبقات ابن سعد ٦/ ١٧٨-١٧٩، تهذيب التهذيب ٣/ ٣٠٢-٣٠٣).

(٢) هو البراء بن عازب بن الحارث الأنصاري، الأوسي، الحارثي، يكنى بأبي عمارة، استصغره النبي ﷺ يوم بدر فردّه، أول مشاهده أحد، وقيل: الخندق، وغزا مع النبي ﷺ أربع عشرة غزوة، وشهد مع علي الجمل وصفين والنهروان، وسكن الكوفة، وتوفي أيام مصعب بن الزبير. (طبقات ابن سعد ٤/ ٣٦٤، أسد الغابة ١/ ١٧١-١٧٢، الاستيعاب ١/ ١٥٥-١٥٧).

(٣) رواه البيهقي في كتاب الوديعة -باب ما جاء في الترغيب في أداء الأمانة ٦/ ٢٨٨. وقال المنذري: «وذكر عبدالله بن الإمام أحمد في كتاب الزهد أنه سأل أباه عنه فقال: إسناده جيد». (الترغيب والترهيب ٤/ ٥). وأشار الهيثمي إلى صحته حيث قال: «وصحّ عن ابن مسعود ﷺ قال: القتل في سبيل الله يكفر الذنوب..». (الزواجر ١/ ٤٤٦). سورة النساء الآية (٥٨).

(٤) رواه البيهقي في كتاب الوديعة -باب ما جاء في الترغيب في أداء الأمانة ٦/ ٢٨٨، هكذا موقوفاً عن ابن مسعود. ورواه الطبراني في الكبير ٧/ ٣٥٣-٣٥٤ عن شداد بن أوس مرفوعاً إلى النبي ﷺ بلفظ: «أول ما تفقدون من دينكم الأمانة»، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤/ ١٤٥: «فيه المهلب بن العلاء ولم أجد من ترجمة وبقية رجاله ثقات».

الباب الأول
تصرفات الأمين في عقود التمليك

وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول: تصرفات الشريك في مال الشركة.

الفصل الثاني: تصرفات المضارب في مال المضاربة.

الفصل الثالث: تصرفات عامل المساقاة، والمزارعة في الشجر والزرع.

الفصل الرابع: تصرفات المستأجر في العين المستأجرة.

الفصل الأول
تصرفات الشريك في مال الشركة

وفيه تمهيد، واثنان وعشرون مبحثاً:

التمهيد: ويشتمل على بيان أنواع الشركة في كل مذهب من المذاهب الأربعة بإيجاز.

المبحث الأول: بيع الشريك مال الشركة، والشراء لها.

المبحث الثاني: إقراض الشريك مال الشركة.

المبحث الثالث: استدانة الشريك على مال الشركة.

المبحث الرابع: إرهان الشريك وارتهانه شيئاً من مال الشركة.

المبحث الخامس: إحالة الشريك على مال الشركة واحتياله به.

المبحث السادس: أخذ الشريك وإعطاؤه بمال الشركة سفتجة.

المبحث السابع: توكيل الشريك غيره على مال الشركة.

المبحث الثامن: مشاركة الشريك بمال الشركة.

المبحث التاسع: مضاربة الشريك بمال الشركة.

المبحث العاشر: إبضاع الشريك مال الشركة.

المبحث الحادي عشر: استئجار الشريك للشركة، وإجارته مالها.

المبحث الثاني عشر: إعارة الشريك مال الشركة.

المبحث الثالث عشر: إيداع الشريك مال الشركة.

المبحث الرابع عشر: تبرع الشريك من مال الشركة.

المبحث الخامس عشر: إبراء الشريك من مال الشركة.

المبحث السادس عشر: إعتاق الشريك لعبد الشركة، ومكاتبته له.

المبحث السابع عشر: تزويج الشريك لعبد الشركة، أو أمتها.

المبحث الثامن عشر: وطء الشريك لأمة الشركة.

المبحث التاسع عشر: إقرار الشريك بالدين بمال الشركة.

المبحث العشرون: سفر الشريك بمال الشركة.

المبحث الحادي والعشرون: خلط الشريك مال الشركة بمال.

المبحث الثاني والعشرون: تلف مال الشركة تحت يد الشريك، وضمانه.

التمهيد: بيان أنواع الشركة في كل مذهب من المذاهب الأربعة بإيجاز

من المناسب قبل الكلام على تصرفات الشريك في مال الشركة ذكر أنواع الشركة عند أصحاب كل مذهب من المذاهب الأربعة بإيجاز وذلك حسب القول المعتمد عندهم لكي يتضح للقارىء المقصود بالشريك عند الكلام على تصرفاته -إن شاء الله-، وهي كما يلي:

أنواع الشركة عند الحنفية:

تتنوع الشركة عند الحنفية -حسب القول المعتمد عندهم- إلى خمسة أنواع، وهي:

العنان(١)، والأبدان(٢)، والوجوه(٣)، والمفاوضة(٤)، والمضاربة(٥)(٦).

---

(١) ومعناها: أن يشترك رجلان أو أكثر على أن يعملا فيه بأبدانهما والربح بينهما.

(٢) ومعناها: أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعاتهم فما رزقهم الله فهو بينهم.

(٣) ومعناها: أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال، على أن ما اشتريا بينهما نصفين أو أثلاثاً أو أرباعاً أو نحو ذلك، ويبيعان ذلك فما قسم الله تعالى فهو بينهما.

(٤) وهي نوعان: الأول: أن يشترك اثنان في جميع أنواع الشركة. والثاني: أن يدخلا بينهما في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث أو نحوه، وفيما يلزمه.

(٥) ومعناها: أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه. (أنظر هذه المعاني في المغني مرتبة كما يلي: ٥/ ١٢٤، ٥/ ١١١، ٥/ ١٢٢، ٥/ ١٣٨، -١٣٩، ٥/ ١٣٤).

(٦) مختصر الطحاوي ص١٠٧، بدائع الصنائع ٦/ ٥٧، ٥٨، ٧٩، الهداية ٣/ ٣، ٢٠٢، مجمع الضمانات ص٢٩٧، ٣٠٣، اللباب ٢/ ١٢٢-١٣١.

أنواع الشركة عند المالكية:

تتنوع الشركة عند المالكية إلى أربعة أنواع، وهي:

العنان، والأبدان، والمفاوضة[١]، والمضاربة[٢].

أنواع الشركة عند الشافعية:

تتنوع عند الشافعية إلى نوعين، وهما:

العنان، والمضاربة[٣].

أنواع الشركة عند الحنابلة:

تتنوع الشركة عند الحنابلة حسب المعتمد عندهم إلى خمسة أنواع، وهي:

العنان، والأبدان، والوجوه، والمفاوضة[٤]، والمضاربة[٥].

(١) ولا يصح عندهم إلا نوعها الأول.

(٢) التفريع ٢/ ١٩٣، ٢٠٥، ٢٠٦، الإشراف ٢/ ٢٤-٢٥، بداية المجتهد ٢/ ٢٣٦، ٢٥٢، ٢٥٤، القوانين الفقهية ص٢٨٧، ٢٨٩.

(٣) الوجيز ١/ ١٨٧، ٢٢١، المهذب ١/ ٣٥٢، ٣٩١، روضة الطالبين ٤/ ٢٧٥، ٢٧٩-٢٨٠، ٥/ ١١٧، مغني المحتاج ٢/ ٢١٢، ٣٠٩.

(٤) ولا يصح عندهم إلا نوعها الأول.

(٥) المغني ٥/ ١٠٩، المذهب الأحمد ص١٠٢-١٠٤، المبدع ٥/ ٣، ١٧-١٨، ٣٧، ٣٩، ٤٣.

المبحث الأول

بيع[1] الشريك مال الشركة، والشراء لها

وفيها خمسة مطالب:

المطلب الأول: بيع مال الشركة نسيئة.

المطلب الثاني: الشراء للشركة نسيئة.

المطلب الثالث: بيع الشريك وشراؤه بغبن فاحش.

المطلب الرابع: بيع الشريك وشراؤه بالعرض.

المطلب الخامس: إقالة الشريك في بيع مال الشركة.

---

(١) البيع في اللغة: مطلق المبادلة، وهو من الأضداد، فيجوز أن يطلق على كل واحد من المتعاقدين، ولكن إذا أطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة. (حلية الفقهاء ص ١٢٣، المصباح المنير ص ٦٩، التعريفات ص٤٨).
وشرعاً: مبادلة المال بالمال تملكاً وتمليكاً. (المغني ٤/ ٢).

المطلب الأول: بيع مال الشركة نسيئة[١]

الظاهر من كلال الفقهاء على مسألة بيع الشريك مال الشركة نسيئة -كما سيأتي- اتفاقهم على جواز بيعه له نقداً؛ لأن الشركة قد انعقدت للتجارة، وعلى عمل ما هو من عادة التجار، والبيع بالنقد من أهم أعمال التجارة، ومن عادة التجار.

ولكنهم اختلفوا فيما إذا أراد الشريك بيع مال الشركة أو بعضه نسيئة، فهل يملك ذلك بمطلق العقد، أو لا بّد له من إذن شريكه؟ وذلك على قولين:

القول الأول: أن الشريك يملك البيع نسيئة بدون إذن شريكه.

وبهذا قال الحنفية[٢]، والمالكية[٣].

وهو رواية عن الإمام أحمد، وبها أخذ بعض أصحابه[٤].

القول الثاني: أن الشريك لا يملك البيع نسيئة إلا بإذن شريكه.

وبهذا قال الشافعية[٥]، وهو الرواية الصحيحة عن الإمام أحمد، والصحيح من المذهب عند أصحابه[٦].

---

(١) النسيئة، والنساء، بالعد، التأخير والتأجيل، مأخوذ من نسأتُ الشيء، وأنسأته، أي أخرته، فيكون معناه هنا بيع الشريك إلى أجل. (تحرير ألفاظ التنبيه ص ١٧٩، المطلع ص ٢٣٩، المصباح المنير ص ٦٠٤).

(٢) النتف في الفتاوى ١/ ٥٣٧، المبسوط ١١/ ١٧٣، بدائع الصنائع ٦/ ٦٨، مجمع الضمانات ص٢٩٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٩٣، اللباب ٢/ ١٢٧.

(٣) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ٣/ ٣٥٢، شرح الخرشي ٦/ ٤٣-٤٤.

(٤) المغني ٥/ ١٣١، العدة ص٢٥٧، المبدع ٥/ ١٠، الإنصاف ٥/ ٤١٦، الإقناع ٢/ ٢٥٥.

(٥) المهذب ١/ ٣٥٣، روضة الطالبين ٤/ ٢٨٣، مغني المحتاج ٢/ ٢١٤، فتح الوهاب ١/ ٢١٧.

(٦) المغني ٥/ ١٣١، العدة ص٢٥٧، المبدع ٥/ ١٠، الإنصاف ٥/ ٤١٦.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن الشركة تنعقد على عادة التجار، ومن عادتهم البيع بالنقد والنسيئة[١].

٢. أن الإذن بالبيع مطلق بمقتضى الشركة، فيشمل البيع نسيئة[٢].

٣. أن المقصود من الشركة تحصيل الربح، وهو في البيع نسيئة أكثر من النقد[٣].

دليل القول الثاني:

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن كل واحد من الشريكين وكيل للآخر في نصفه، فلا يملك إلا ما يملّك كالوكيل[٤].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن هذا قياس للشريك على الوكيل، وهو قياس مع الفارق لما يأتي:

- أن الوكالة ليس المقصود فيها الربح، وإنما المقصود تحصيل الثمن

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٦٨، كشاف القناع ٣/ ٥٠١.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٦٨، العدة ص ٢٥٨.

(٣) الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٦٠، العدة ص ٢٥٧.

(٤) المهذب ١/ ٣٥٣.

فحسب، فإذا أمكن تحصيله من غير تعرض المبيع للخطر كان أولى.

- أن الوكالة المطلقة في البيع تشعر بأن الموكل محتاج للثمن الحال، فلم يجز تأخيره، بخلاف الشركة.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية الشريك بيع مال الشركة نسيئة بدون إذن شريكه؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن أمو رالتجارة قد تتطلب منه البيع بثمن مؤجل أو مقسط، فقد لا يتوفر النقد في بعض الأحيان، فالأخذ بالقول المانع من ذلك إلا بإذن الشريك يقلل من حصول الربح المؤمل، وقد يفوّت الفرصة في ذلك، على أن شركته بالمال تجعله حريصاً على اختيار من هو معروف بوفاء الدين، وتجنب من هو مشهور بالمماطلة.

المطلب الثاني: الشراء للشركة نسيئة

الظاهر من كلام الفقهاء على مسالة شراء الشريك للشركة بنسيئة كما سيأتي اتفاقهم على جواز شرائه نقداً؛ لأن الشركة قد انعقدت للتجارة، وعلى عمل ما هو من عادة التجار، والشراء بالنقد من أهم أعمال التجارة، ومن عادة التجار.

ولكنهم اختلفوا في الشراء لها نسيئة، فهل يملك ذلك بمطلق العقد، أو لا بُدَّ له من إذن شريكه؟ وذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الشريك يملك الشراء نسيئة إذا كان الثمن عنده ولو

بدون إذن شريكه، ولا يملك ذلك إذا لم يكن الثمن عنده إلا بإذن شريكه، فإن فعل لزمه فقط الشراء واختص به.

وبهذا قال الحنفية[١]، والحنابلة[٢].

القول الثاني: أن الشريك لا يملك الشراء نسيئة مطلقاً.

وبهذا قال بعض المالكية[٣].

وهو الظاهر من قول الشافعية لما ذكروه في بيع العين المشتركة وفي المضاربة، حيث اشترطوا إذن الشريك في الأول، وإذن رب المال في الثاني[٤].

القول الثالث: أن الشريك يملك الشراء نسيئة مطلقاً.

وهذا هو المذهب عند المالكية[٥].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولا: استدلوا على ملكية الشراء من غير إذن إذا كان الثمن عند الشريك بما يلي:

---

(١) المبسوط ١١/ ١٧٣-١٧٠، بدائع الصنائع ٦/ ٦٨، مجمع الضمانات ص٢٩٩، اللباب ٢/ ١٢٧، حاشية رد المحتار ٤/ ٣١٧.

(٢) الكافي لابن قدامه ٢/ ٢٦١، المبدع ٥/ ١٠، كشاف القناع ٣/ ٥٠٢.

(٣) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٣٥٢، الشرح الصغير ٢/ ١٦٩.

(٤) نهاية المحتاج ٥/ ٢٣١، أسنى المطالب ٢/ ٢٥٧.

(٥) حاشية الدسوقي ٣/ ٣٥٢.

١. أن الشريك وكيل بالشراء عن شريكه، والوكيل بالشراء يملك الشراء نسيئة[١].

٢. أنه يمكن للشريك إذا كان الثمن عنده الوفاء ما تحت يده في الحال من هذا المال، فيملك الشراء نسيئة[٢].

٣. أن الشراء في هذه الحالة لا يفضي إلى الزيادة في الشركة، فيصح[٣].

ثانيا: واستدلوا على عدم ملكية الشراء إلا بإذن إذا لم يكن الثمن عند الشريك بما يلي:

أنه لو صح للشريك الشراء في هذه الحالة لصار مستديناً على مال الشركة، والشريك لا يملك الاستدانة على مال الشركة من غير إذن شريكه، قياساً على المضارب[٤].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بما استدلَّ به أصحابُ القول الأول على عدم ملكية الشراء إلا بإذن إذا لم يكن الثمن عند الشريك من أن الشريك إذا اشترى نسيئة صار مستديناً على الشركة، وهو لا يملك الاستدانة إلا بإذن الشريك.

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٦٨.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٦٨.

(٣) الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٦١.

(٤) المبسوط ١١/ ١٧٤، بدائع الصنائع ٦/ ٦٨، الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٦١.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه إذا كان الثمن عند الشريك ويستطيع الوفاء في الحال فإنه لا يُعَدُّ مستديناً، وإنما الاستدانة في الحقيقة فيما إذا لم يكن عنده وفاء.

دليل القول الثالث:

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن شاء الشريك نسيئة مما يحتاجه الناس، ولا بّد لهم منه فيملكه الشريك بدون إذن شريكه[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الحاجة لا تبيح ما فيه ضرر على غيره، وشراء الشريك نسيئة إذا لم يكن عنده الثمن فيه ضرر بشريكه، فلا يملكه إلا بإذنه.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية الشريك للشراء نسيئة إذا كان الثمن عنده ولو بدون إذن شريكه، وعدم ملكيته لذلك إذا لم يكن الثمن عنده إلا بإذن شريكه، فإن فعل لزمه فقط الشراء؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن شراء الشريك نسيئة إذا لم يكن الثمن عنده يجعل رأس المال أكثر مما اتفق عليه، وهذا لا يصح بدون رضا الشريك الآخر، بخلاف ما إذا كان عنده الثمن فلا يترتب ذلك، فيصبح بدون إذن.

---

(١) حاشية الدسوقي ٣/ ٣٥٢.

المطلب الثالث: بيع الشريك وشراؤه بغبن فاحش[(١)]

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة على حكم بيع الشريك وشرائه بغبن فاحش اتفاقهم على ملكيته للبيع والشراء إذا كان بغبن يسير؛ لأن ذلك مما يكثر وقوعه في تعامل الناس فيما بينهم، ولا يمكن التحرز عنه.

كما اتفقوا على عدم ملكية الشريك للشراء بغبنٍ فاحشٍ.

فقد قال بذلك الحنفية[(٢)]، والمالكية[(٣)].

والشافعية[(٤)]، والحنابلة[(٥)].

الدليل:

استدلوا على ذلك بما يلي:

أن المقصود من عقد الشركة الاسترباح، وهو لا يحصل بالشراء بغبن فاحش، فكان مستثنى من العقد دلالة[(٦)].

أما بيع الشريك بغبنٍ فاحشٍ فاختلفوا فيه على قولين:

القول الأول: أن الشريك لا يملك البيع بغبن فاحش.

---

(١) الغبن اليسير: هو ما يقوم به مقوّم. والغبن الفاحش: هو ما لا يدخل تحت تقويم المقوّمين، وقيل: هو ما لا يتغابن الناس به. (التعريفات ص ١٦١).

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٦٨.

(٣) شرح الزرقاني على مختصر خليل ٦/ ٧٨.

(٤) روضة الطالبين ٤/ ٢٨٣، مغني المحتاج ٢/ ٢١٥، أسنى المطالب ٢/ ٢٧٥.

(٥) كشاف القناع ٣/ ٥٠٠.

(٦) بدائع الصنائع ٦/ ٦٨.

وبهذا قال أبو يوسف[١]، ومحمد بن الحسن[٢] صاحبا أبي حنيفة[٣].

وبه قال المالكية[٤]، والشافعية[٥] والحنابلة[٦].

القول الثاني: أن الشريك يملك البيع بغبن فاحش.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة[٧].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استُدِلَّ أصحاب هذا القول بما يلي:

أن المقصود من عقد الشركة الاسترباح، وهو لا يحصل بالبيع بغبن فاحش، فكان مستثنى من العقد دلالة، فلا يملكه الشريك[٨].

---

(١) هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري، ولد سنة ١١٣ هـ، ولزم الإمام أبا حنيفة، وغلب عليه الرأي، وكان له فضل في نشر المذهب الحنفي، وهو من أجلّ الفقهاء المجتهدين، ولي قضاء بغداد في ولاية الرشيد، وهو أول من صنّف على مذهب أبي حنيفة، له مصنفات منها: الخراج، والأمالي، والنوادر، توفي سنة ١٨٢ هـ. (الجوهر المضية ٣/ ٦١١-٦١٣، الفوائد البهية ص ٢٢٥، طبقات الفقهاء للشيرازي ص١٣٤).

(٢) هو محمّد بن الحسن بن فرقد الشيباني بالولاء، ولد بواسط سنة ١٣١ هـ، ونشأ بالكوفة، صحب أبا حنيفة وأخذ عنه، كما أخذ عن أبي يوسف، وقام بنشر المذهب الحنفي، عرف بسعة العلم، والفصاحة، ولاّه الرشيد قضاء بغداد بعد أبي يوسف، له مصنفات منها: الجامع الكبير، والصغير، والسير الكبير، والصغير، توفي بالري سنة ١٨٩ هـ (الجواهر المضيئة ٣/ ١٢٢، والفوائد البهية ص١٦٣).

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ٦٨.

(٤) شرح الزرقاني على مختصر خليل ٦/ ٧٨.

(٥) المهذب ١/ ٣٥٣، روضة الطالبين ٤/ ٢٨٣، مغني المحتاج ٢/ ٢١٥.

(٦) كشاف القناع ٣/ ٥٠٠.

(٧) بدائع الصنائع ٦/ ٦٨.

(٨) المرجع السابق.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١.أن الأصل في اللفظ إذا كان مطلقاً أن يجري على إطلاقه، وتقييده لا يجوز من غير دليل، والعرف هنا متعارض؛ لأن البيع بغبن فاحش من أجل التوصل بثمنه إلى شراء ما هو أربح منه مما هو متعارف عليه، وعليه لا يصح تقييد المطلق مع التعارض[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن العرف يقيد إطلاق اللفظ؛ لأن الشركة قد انعقدت على ما هو متعارف عليه، والبيع بغبن فاحش ليس متعارفاً عليه، وأما ما ذكر من المثال من البيع بغبن فاحش للتوصل بثمنه إلى شراء ما هو أربح منه فلا يُسَلّم به؛ لأن البيع بالغبن الفاحش فيه خسارة متحققة، وشراء ما هو أربح فيه ربح محتمل، فلا ترتكب خسارة متحققة على أمل ربح محتمل الحصول وعدمه.

٢.أن البيع بغبن فاحش إذا لم يكن متعارفاً عليه بين الناس فعلاً، فهو متعارف عليه ذكراً وتسمية؛ لأنه يطلق عليه اسم البيع كما يطلق على أي بيع آخر، أو هو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب لعلة، وهذا الوصف ينطلق على البيع بغبن فاحش أيضاً، كما أن مطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف ذكراً وتسمية دون اعتبار للفعل[٢].

---

(١) المرجع السابق ٦/ ٢٧.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٢٧.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الاعتبار هنا إنما هو لما كان متعارفاً عليه بين الناس فعلاً، وهذا التعارف مقيد لإطلاق الذكر والتسمية؛ لأن الشركة حين عقدها قد عقدت على ما هو متعارف بين الناس بالفعل، فيكون ذلك تقييداً لإطلاق الاسم والتسمية.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الشريك لبيع مال الشركة بغبن فاحش؛ لقوة ما استدلوا به؛ ولأن الشركة قد انعقدت على الاتجار بحسب ما هو متعارف عليه، والبيع بغبن فاحش غير متعارف عليه، لكن لو أجاز الشريك ذلك فإنه يصح؛ لأن المنع لحقه، فبإجازته زال المنع.

المطلب الرابع: بيع الشريك وشراؤه بالعَرْض[١]

البيع والشراء بالعَرْض هو أن يبيع الشريك عرضاً للشركة مقابل عرض آخر، أو يشتري عرضاً مقابل عرض.

وقد اختلف الفقهاء هل يملك الشريك ذلك بمطلق العقد، أو لا بدّ له من موافقة شريكه؟ وذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الشريك يملك البيع والشراء بالعرض مطلقاً.

وبهذا قال الحنفية، حيث قال السغدي[٢] في معرض كلامه على الأمور التي يجوز للشريك فعلها: «..والحادي عشر: أن يبيع بالأثمان والعروض»[٣].

وبه قال المالكية[٤]، والحنابلة[٥].

القول الثاني: أن الشريك لا يملك البيع والشراء بالعرض إلا بإذن شريكه.

---

(١) العَرْض بفتح العين وإسكان الراء هو: جميع صنوف الأموال غير الذهب والفضة، وأما العَرَض بفتح الراء فهو: جميع متاع الدنيا من الذهب والفضة وغيرها. (تحرير ألفاظ التنبيه ص ١١٤). والمقصود هنا العرض بفتح العين وإسكان الراء.

(٢) هو علي بن الحسين بن محمّد السغدي، القاضي، يكنى بأبي الحسن ويلقب بشيخ الإسلام، سكن بخارى، وكان إماماً فاضلاً، وفقيهاً مناظراً له مصنفات منها: النتف في الفتاوى، وشرح السير الكبير، توفي ببخارى سنة ٤٦١ هـ. (الجواهر المضية ٢/ ٥٦٧، الفوائد البهية ص١٢١).

(٣) النتف في الفتاوى ١/ ٥٣٧.

(٤) حاشية الدسوقي ٣/ ٥٢٤.

(٥) المغني ٥/ ١٢٩.

وهذا هو الرأي الأوجه عند الشافعية[1].

القول الثالث: أن الشريك يملك البيع والشراء بالعرض بدون إذن الشريك إذا كان رائجاً، ولا يملكه إذا لم يكن رائجاً إلا بإذن الشريك.

وبهذا قال بعض الشافعية[2].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الشركة قد انعقدت للاسترباح على عادة التجار، والبيع والشراء بالعرض من عادتهم، فيصح[3].

دليل القول الثاني:

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

القياس على الوكيل، فكما أن الوكيل لا يملك البيع والشراء بالعرض إلا بإذن الموكل فكذلك لا يملكه الشريك إلا بإذن شريكه؛ لأن الشريك في الحقيقة وكيل عن شريكه[4].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه قياس مع الفارق؛ لأن المقصود من عقد الشركة

---

(١) نهاية المحتاج ٥/ ٩.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المغني ٥/ ١٢٩.

(٤) نهاية المحتاج ٥/ ٩.

تحصيل الربح، وقد يكون بالبيع والشراء بالعروض أكثر من النقد، بخلاف الوكالة فقد يكون القصود منها التخلص من المبيع وتحصيل ثمنه نقداً، فيكون في البيع بالعروض تأخير لتحصيل الثمن؛ لأن العروض المشتراة ستحتاج إلى بيع بنقد.

دليل القول الثالث:

أما أصحاب القول الثالث فلم أطلع على دليلٍ لهم، ولكن يمكن الاستدلال لهم على ملكية الشريك للبيع والشراء بالعرض إذا كان رائجاً بما استدل به أصحاب القول الأول.

كما يمكن الاستدلال لهم على عدم ملكيته لذلك عند عدم الرواج إلا بإذن الشريك، بأن الشركة قد انعقدت للربح، وهو إنما يحصل بالمبادلة بالبيع والشراء ونحو ذلك.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن العروض تختلف في الرواج من وقت إلى وقت، ومن مكان إلى مكان، فقد لا يكون هذا العرض رائجاً في الشتاء ولكنه رائج في الصيف أو العكس، وقد لا يكون رائجاً في بلد ولكنه رائج في البلد الآخر.

هذا بالإضافة إلى أن الربح ليس مقصوراً على تحصيل النقود، فهو أيضاً يكون بتحصيل العروض.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية الشريك للبيع والشراء بالعرض مطلقاً، لقوة

ما استدلوا به، ولأن في مبادلة العرض بالعرض توفيراً للنقد الذي يحتاجه الشريك لأمور أخرى، ولما فيه من تهيئة الفرصة للحصول على أكبر ربح ممكن للشركة.

المطلب الخامس: إقالة[1] الشريك في بيع مال الشركة

وذلك بأن يبيع الشريك سلعة من سلع الشركة، فيطلب المشتري منه الإقالة في هذا البيع.

وقد اختلف الفقهاء في ملكية الشريك لذلك على قولين:

القول الأول: أن الشريك يملك الإقالة في بيع مال الشركة.

وبهذا قال الحنفية[2]، والمالكية[3].

وهو رواية عن الإمام أحمد، وهو الوجه الصحيح عند أصحابه[4].

القول الثاني: أن الشريك لا يملك الإقالة في بيع مال الشركة.

وبهذا قال الإمام أحمد في رواية عنه، وهو وجه عند أصحابه[5].

---

(١) الإقالة في البيع نقضه وإبطاله، ومعناها: أنك رددت ما أخذت من المشتري ورد عليك ما أخذ منك. (المطلع ص٢٣٨-٢٣٩).

(٢) النتف في الفتاوى ١/ ٥٣٧، بدائع الصنائع ٦/ ٧١.

(٣) بداية المجتهد ٢/ ٢٥٦، الشرح الكبر للدردير ٣/ ٣٥٢، شرح منح الجليل ٣/ ٢٩٠، جواهر الإكليل ٢/ ١١٧.

(٤) المغني ٥/ ١٣٢، المبدع ٥/ ٨-٩، الإنصاف ٥/ ٤١٣، كشاف القناع ٣/ ٥٠٠.

(٥) المبدع ٥/ ٨-٩، الإنصاف ٥/ ٤١٣.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن الإقالة فيها معنى الشراء، والشريك مالك للشراء، فيكون مالكاً لها[١].

٢. أن الاقالة إما أن تكون بيعاً أو فسخاً، فإن كانت بيعاً فالشريك يملكه، وإن كانت فسخاً فهو يملك الفسخ بالرد بالعيب إذا رأى المصلحة فيه، فكذلك يملك الفسخ بالإقالة إذا كان الحظ فيه، فإنه قد يشتري ما يرى أنه قد غبن فيه[٢].

دليل القول الثاني:

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الإقالة فسخ، فلا تدخل في الإذن في التجارة، فلا يملكها الشريك[٣].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته من وجهين:

الوجه الأول: أن الإقالة مختلف فيها، هل هي فسخ أو بيع، فمن الفقهاء من يرى أنها بيع.

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٧١.
(٢) المغني ٥/ ١٣٢، المبدع ٥/ ٨-٩، كشاف القناع ٣/ ٥٠٠.
(٣) المغني ٥/ ١٣٢، المبدع ٥/ ٩.

الوجه الثاني: عدم التسليم بعدم دخولها في أعمال التجارة، بل هي داخلة فيها، فيملكها الشريك؛ لأنه مأذون له في التجارة.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية الشريك للإقالة في بيع مال الشركة مطلقاً لقوة ما استدلوا به، ولأن الشركة قد انعقدت على عمل ما هو من عادة التجار، والإقالة من عملهم.

المبحث الثاني

إقراض الشريك مال الشركة[(١)]

اختلف الفقهاء في ملكية الشريك لإقراض مال الشركة أو جزء منه، هل يحتاج إلى إذن شريكه، أو لا يحتاج إليه؟ وذلك على قولين:

القول الأول: أن الشريك لا يملك الإقراض من مال الشركة إلا بإذن شريكه.

وبهذا قال الحنفية[(٢)].

وهو الظاهر من مذهب الشافعية، حيث قال النووي[(٣)]: «ويتسلط كل منهما على التصرف بلا ضرر»[(٤)]. والقرض فيه ضرر؛ لأنه يترتب عليه حبس مال الشركة بدون

---

(١) القرض في اللغة واحد القروض، وهو تسمية بالمصدر، ومعناه: القطع، وسمي بهذا لأنه قطعة من مال المقرض. (تهذيب اللغة، مادة «قرض» ٨/ ٣٤٠، المغرب، مادة «قرض» ٢/ ١٦٩).

وفي الشرع: دفع مال إرفاقاً لمن ينتفع به ويرد بدله. (الإقناع للحجاوي ٣/ ٢٨١).

(٢) النتف في الفتاوى ١/ ٥٣٨، بدائع الصنائع ٦/ ٧٢، فتاوي قاضيخان ٣/ ٦١٤، ٦٢٠، الدر المختار ٣/ ٣١٨، مجمع الضمانات ص٣٠٢، البحر الرائق ٥/ ١٧٨.

(٣) هو يحيى بن شرف بن مري الحزامي، النووي، يكنى بأبي زكريا، محيي الدين، ولد في نوى سنة ٦٣١ هـ وتعلم بدمشق، وأقام بها زمناً طويلاً، وكان فقيهاً محدثاً يعد أستاذ المتأخرين من الشافعية، له مصنفات منها: شرح صحيح مسلم، المجموع شرح المهذب، خلاصة الأحكام، توفي سنة ٦٧٦هـ.

(طبقات الشافعية للسبكي ٥/ ١٦٥-١٦٨، طبقات الشافعية للإسنوي ٢/ ٢٦٦-٢٦٧، تذكرة الحفاظ ٤/ ١٤٧٠).

(٤) المنهاج مع مغني المحتاج ٢/ ٢١٤.

مصلحة تعود عليها.

وبه قال جمهور الحنابلة، وهو المذهب عندهم[١].

القول الثاني: أن الشريك يملك الإقراض من مال الشركة بدون إذن شريكه إذا كان لمصلحة الشركة، ولا يملكه إلا بإذنه إذا لم يكن لمصلحتها.

وهذا هو الظاهر من مذهب المالكية، حيث قال ابن عبد البر[٢]: «ولا يجوز لأحدهما في المال أن يهب، ولا أن يحابي، ولا يصنع معروفاً إلا بإذن صاحبه إلا أن يكون مما يعود على متجرها فيه عائدة فيستغني في ذلك عن إذن صاحبه»[٣]. والقرض من صنع المعروف.

وبه قال بعض الحنابلة[٤].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن القرض لا عوض له في الحال، فكان تبرعاً في الحال، والشريك

---

(١) المغني ٥/ ١٣٣، المذهب الأحمد ص١٠٣، المبدع ٥/ ٩، الإنصاف ٥/ ٤١٤، الإقناع ٢/ ٢٥٥.

(٢) هو يوسف بن عبدالله بن محمّد بن عبدالبر النمري، القرطبي، شيخ علماء الأندلس في وقته، ولد سنة ٣٦٨هـ، وكان عالماً بالحديث والأثر، والفقه، والنسب، والخبر، له مصنفات منها: الكافي، والتمهيد، والاستيعاب، وتوفي سنة ٤٦٢ هـ.
(ترتيب المدارك ٤/ ٨٠٨، الديباج المذهب ص٣٥٧-٣٥٩).

(٣) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٨٤.

(٤) الإنصاف ٥/ ٤١٤.

لا يملك التبرع من مال الشركة إلا بإذن شريكه[1].

٢. أن الشركة قد انعقدت على التجارة، والإقراض ليس منها، فلا يملكه الشريك إلا بإذن شريكه[2].

دليل القول الثاني:

أما أصحاب القول الثاني فلم أطلع على دليلٍ لهم، ولكن يمكن الاستدلال لهم بما يلي:

أن الشركة قد انعقدت على أن يعمل كل واحد من الشريكين ما فيه مصلحة للشركة بقصد تحقيق الربح فيها، فإذا كان الإقراض فيه مصلحة للشركة فإن الشريك يملكه بدون إذن شريكه؛ لأن الإذن قد حصل عند التعاقد.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن عدم المصلحة في الإقراض ظاهرة؛ لأنه دفع مال لمن ينتفع به دون مقابل مالي، وإنما يقصد به طلب الثواب من الله -سبحانه وتعالى-، والشركة إنما قصد من عقدها طلب الربح المالي، بل فيه مضرة على الشركة؛ لأنه يترتب عليه حبس جميع مال الشركة أو جزء منه مدة من الزمن دون استرباح، وهو وإن كان فيه مصلحة في بعض الأحيان إلا أنها قليلة لا تساوي المضرة في ذلك.

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٧٢، البحر الرائق ٥/ ١٧٨.

(٢) الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٦١-٢٦٢، المبدع ٥/ ٩، كشاف القناع ٣/ ٥٠٠.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الشريك لإقراض مال الشركة إلا بإذن شريكه؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن القصد من عقد الشركة استرباح جميع مالها من حين عقد حتى تنتهي، وفي إقراض مالها أو بعضه حبس له عن الانتفاع به في مدة الإقراض، وتبرع بالانتفاع بهذا المال في هذه المدة، وهذا ما يحتاج إلى إذن من له ملك في هذا المال وهو الشريك.

المبحث الثالث

استدانة الشريك على مال الشركة(١)

اختلف الفقهاء في ملكية الشريك للاستدانة على مال الشركة، وذلك على قولين:

القول الأول: أن الشريك لا يملك الاستدانة على مال الشركة إلا بإذن شريكه.

وبهذا قال الحنفية(٢).

وهو الظاهرمن قول المالكية، حيث قال ابن رشد(٣): «ولا يجوز أن يهيب شيئاًمن مال الشركة، ولا أن يتصرف فيه إلا تصرفاً يرى أنه نظر لهما..»(٤) والظاهر أنه لا نظر في الاستدانة.

كما أنه الظاهر من قول الشافعية، حيث قالوا بعدم ملكية

---

(١) الاستدانة في اللغة: مصدر استدان من الدّين، تقول: دِنْـتُ الرجل، أقرضته، فهو مَدِينٌ ومَدْيُونٌ. قال الفيومي: إن الدين لغة: هو القرض وثمن المبيع. (الصحاح، مادة «دين» ٥/ ٢١٧، المصباح المنير، مادة «دين» ١/ ٢٠٥).

ومعناها هنا: هو أن يشتري الشريك بأكثر من رأس مال الشركة أو بثمن ليس معه جنسه. (المبدع ٥/ ١٢، كشاف القناع ٣/ ٥٠٢).

(٢) المبسوط ١١/ ١٧٤، بدائع الصنائع ٦/ ٦٨، مجمع الضمانات ص ٢٩٩.

(٣) هو محمّد بن أحمد بن رشد القرطبي، الشهير بالحفيد، يكنى بأبي الوليد، ولد سنة ٥٢٠ هـ، أخذ الفقه عن ابن بشكوال، وأبي مروان ابن مرة، وغيرهما، وبرع بالإضافة إلى الفقه في الأصول، والطب وعلم الكلام، له مصنفات منها: بداية المجتهد في الفقه، ومختصر المستصفى في الأصول، والكليات في الطب، توفي سنة ٥٩٥ هـ.

(الديباج المذهب ص ٢٨٤-٢٨٥، شذرات الذهب ٤/ ٣٢٠).

(٤) بداية المجتهد ٢/ ٢٥٦، ومثله قال ابن عبدالبر في الكافي ٢/ ٧٨٤.

المضارب للشراء بأكثر من مال المضاربة[1]، والمضاربة نوع من الشركة.

وهو المنصوص عن الإمام أحمد، وعليه جماهير أصحابه[2].

القول الثاني: أن الشريك يملك الاستدانة على مال الشركة بدون إذن شريكه. وبهذا قال بعض الحنابلة[3].

الأدلة:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن مال الشركة يكون عند الاستدانة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه، فلا يملكه شريكه بغير رضاه، كما لو ضمّ إليها شيئاً من ماله[4].

٢. أن الشريك لا يملك الاستدانة على مال الشركة بغير إذن شريكه قياساً على المضارب[5].

دليل القول الثاني:

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الاستدانة تمليك مال بمال، فيملكها الشريك قياساً على الصرف[6].

---

(١) المهذب ١/ ٣٤٩، مغني المحتاج ٣/ ٣١٦.

(٢) المغني ٥/ ١٣٠، المبدع ٥/ ١٢، الإنصاف ٥/ ٤١٩، الإقناع ٢/ ٢٥٥.

(٣) المغني ٥/ ١٣٠، المبدع ٥/ ١٢، الإنصاف ٥/ ٤١٩.

(٤) المبسوط ١١/ ١٧٤، بدائع الصنائع ٦/ ٦٨، المغني ٥/ ١٣٠، المبدع ٥/ ١٢، كشاف القناع ٣/ ٥٠١-٥٠٢.

(٥) بدائع الصنائع ٦/ ٦٨.

(٦) المغني ٥/ ١٣٠، المبدع ٥/ ١٢.

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة[١]، وابن مفلح[٢] بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الصرف بيع وإبدال عين بعين، فهو كبيع الثياب بالدراهم، فيملكه الشريك، بخلاف الاستدانة[٣].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الشريك للاستدانة على مال الشركة إلا بإذن شريكه؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن الاستدانة قد تؤدي إلى التزام حقوق في مال الشركة لا يستطيع الشريك الوفاء بها، بل قد يتمادى فيها الشريك إذا قيل بملكيته لها بدون إذن شريكه إلى الذهاب بجميع مال الشركة إذا تراكمت الديون.

---

(١) هو عبدالله بن أحمد بن محمّد بن قدامة الجماعيلي، المقدسي ثم الدمشقي، موفق الدين، من كبار فقهاء الحنابلة، ولد سنة ٥٤١ هـ، وسافر إلى بغداد فأقام بها نحو أربعين سنة، ثم عاد إلى دمشق، له مصنفات منها: المقنع، واالكافي، والمغني في الفقه، وروضة الناظر في الأصول، توفي سنة ٦٢٠ هـ.
(الذيل على طبقات الحنابلة ٢/ ١٣٣-١٣٧، المقصد الأرشد ٢/ ١٥-٢٠، مختصر طبقات الحنابلة ص٥٢-٥٤).

(٢) هو إبراهيم بن محمّد بن عبدالله المقدسي، الراميني الأصل، ثم الدمشقي، الحنبلي، المعروف بابن مفلح، برهان الدين، برع في الفقه والأصول، وباشر القضاء في الديار الشامية أكثر من أربعين سنة، له مؤلفات منها: المبدع في شرح المقنع، ومرقاة الوصول إلى علم الأصول، توفي سنة ٨٨٤ هـ. (مختصر طبقات الحنابلة ص ٧٥، السحب الوابلة ١/ ١٤-١٥).

(٣) المغني ٥/ ١٣٠، المبدع ٥/ ١٢.

المبحث الرابع

إرهان الشريك وارتهانه شيئاً من مال الشركة[١]

إذا اشترى الشريك سلعة للشركة ولم يكن عنده المبلغ الكافي لتسديد الثمن، أو كان العكس وذلك بأن باع عرضاً من عروض الشركة ولم يتيسر المبلغ عند المشتري ليوفي قيمته المبيع، فهل يملك الشريك في هذه الحالة أن يرهن متاعاً من مال الشركة مقابل ثمن السلعة المشتراة، وهل يملك ارتهانه مقابل دين الشركة بذمة المشترين أو يحتاج في ذلك إلى إذن شريكه؟.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة أقوال:

القول الأول: أن الشريك يملك الرهن والارتهان عند الحاجة بدون إذن شريكه. وبهذا قال الإمام أبو حنيفه، وأبو يوسف[٢]، وهو الوجه الصحيح من المذهب عند الحنابلة[٣].

القول الثاني: أن الشريك يملك الرهن والارتهان في شركة المفاوضة مطلقاً، ويملك ذلك في شركة العنان إذا تولى البيع والشراء

---

(١) الرهن في اللغة: الثبوت والدوام، ويطلق على الشيء المرهون. (معجم مقاييس اللغة، مادة «رهن» ٢/ ٤٥٢، المصباح المنير، مادة «رهن» ص ٢٤٢). وفي الشرع: توثيقة دينٍ بعينٍ يمكن أخذه أو بعضه منها أو من ثمنها إن تعتذر الوفاء من غيرها.

(الإقناع للحجاوي ٢/ ١٥٠، منتهى الإرادات ١/ ٣٩٩-٤٠٠).

(٢) النتف في الفتاوى ٢/ ٥٣٧، بدائع الصنائع ٦/ ٧٠، ٧٤، البحر الرائق ٥/ ١٧٨.

(٣) المغني ٥/ ١٣٢، المبدع ٥/ ١١، الإنصاف ٥/ ٤١٨، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٢٣.

بنفسه، ولا يملكه إذا تولياه جميعاً أو تولاه الشريك الآخر.

وبهذا قال محمّد بن الحسن صاحب أبي حنيفة[١].

القول الثالث: أن الشريك لا يملك الرهن والارتهان إلا بإذن شريكه.

وهذا هو الظاهر من مذهب الشافعية حيث قالوا كما سبق[٢] بعدم ملكية الشريك للبيع والشراء نسيئة إلا بإذن شريكه، والرهن والارتهان إنما يحتاج إليه عند ذلك.

وهو وجه عند الحنابلة[٣].

القول الرابع: أن الشريك يملك الرهن بدون إذن شريكه، ولا يملك الارتهان إلا بإذنه.

وهذا هو الظاهر من قول المالكية حيث قالوا كما سبق بملكية الشريك للبيع نسيئة دون إذن شريكه، وعدم ملكيته للشراء إلا بإذنه[٤].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الرهن يراد للإيفاء، والارتهان يراد للاستيفاء ولكل من الشريكين

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٧٠، ٧٤، شرح فتح القدير ٦/ ١٨٤، البحر الرائق ٥/ ١٧٨.

(٢) ص ٦٤، ٦٧.

(٣) المغني ٥/ ١٣٢، المبدع ٥/ ١١، الإنصاف ٥/ ٤١٨.

(٤) ص ٦٤، ٦٧.

الإيفاء والاستيفاء فيما يعقده صاحبه، فيملك ما يراد لهما[١].

أدلة القول الثاني:

استدل لصاحب القول الثاني بما يلي:

أولاً: استدل على ملكية الشريك للرهن والارتهان في شركة المفاوضة مطلقاً، وفي شركة العنان إذا تولى الشريك البيع والشراء بنفسه بما استدل به أصحاب القول الأول.

ثانياً: واستدل له على عدم ملكية الشريك للرهن والارتهان في شركة العنان إذا توليا البيع والشراء جميعاً، أو تولاه الشريك الآخر بما يلي:

أن الرهن إيفاء، وكل واحد من الشريكين لا يملك أن يوفي دين الآخر من ماله إلا بأمره، فلا يملك الرهن، والارتهان استيفاء، وأحدهما لا يملك استيفاء ثمن ما عقده شريكه لنفسهن، فلا يملك ارتهانه[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشاته بأن مبناه على أن حقوق العقد ترجع إلى العاقد؛ لأن الرهن والارتهان يراد منهما القبض، ولا نسلّم بذلك بل الأظهر أن حقوق العقد لا تختص بالعاقد بل ترجع إلى كلٍ من الشريكين، فعلى هذا يملك كل منهما القبض والاقباض، فيملك ما يراد لهما وهو الرهن والارتهان[٣].

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٧٠، ٧٤، المغني ٥/ ١٣٢، المبدع ٥/ ١١، كشاف القناع ٣/ ٥٠١.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٧٠.

(٣) المغني ٥/ ١٣٢، المبدع ٥/ ١١.

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن في الرهن والارتهان خطراً على مال الشركة، فلا يملكه الشريك إلا بإذن شريكه[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الخطر فيه غير ظاهر؛ لأن الرهن توثيق، والمرهون أمانة في يد المرتهن، فإن تعدى فيه أو فرط في حفظه ضمن.

دليل القول الرابع:

أما أصحاب القول الرابع فلم أطلع على دليلٍ لهم، ولكن يمكن الاستدلال لهم على قولهم بملكية الشريك للارتهان دون إذن شريكه بما ستدل به أصحاب القول الأول على ذلك.

أما قولهم بعدم ملكيته للرهن فيمكن الاستدلال له بأن الرهن يقصد به توثيق الدين عند الشراء نسيئه، والشريك لا يملك الشراء نسيئه، فلا يملك ما يترتب عليه وهو الرهن.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بعدم ملكية الشريك للشراء نسيئة مطلقاً، بل الراجح أنه يملكه إذا كان الثمن عنده كما سبق، فيملك ما يترتب عليه وهو الرهن.

---

(١) المرجعان السابقان.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية الشريك للرهن والارتهان عند الحاجة بدون إذن شريكه؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن الرهن والارتهان من الأمور التي تتطلبها التجارة، وكل ما كان من عادة التجار ومن مستلزمات التجارة فالشريك يملكها بمطلق العقد، ولأن الشريك قد يضطر إلى مثل هذا التصرف، فقد يشتري سلعة ولا يجد ما يفي بثمنها، فيطلب البائع رهناً مقابل دينه، فلا مناص حينئذٍ من أن يرهنه عينا من أعيان الشركة، وفي الارتهان توثيق لمال الشركة؛ لأن العين المرهونة هي في مقابل دين الشركة بذمة المشتري وهذا مما يجعل المدين أكثر تحفزاً لإيفاء دينه من أجل فك رهنه، وبذلك تعود المنفعة لجميع المتعاقدين.

المبحث الخامس

إحالة الشريك على مال الشركة واحتياله به[1]

إذا اشترى أحد الشركاء سلعة للشركة نسيئة وأراد أن يحيل البائع على شخص آخر ليستوفي منه دين الشركة فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟.

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على ملكية الشريك للإحالة والاحتيال.

فقد قال بذلك الحنفية[2].

وهو الظاهر من قول المالكية، حيث قالوا -كما سبق-[3] بملكية الشريك للبيع والشراء نسيئة بدون إذن شريكه، والإحالة والاحتيال فرع عن ذلك فيملكه.

كما أنه الظاهر -أيضاً- من مذهب الشافعية، حيث قالوا -كما سبق-[4] بملكية الشريك للبيع الشراء نسيئة عند إذن شريكه، وإذا كان

---

(١) الحَوَالة في اللغة: مشتقة من التّحول، من قولك: تحوّل فلان عن داره إلى مكان كذا وكذا، وذلك لأنها تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه. (المطلق ص٢٤٩، المصباح المنير، مادة «حال» ١/ ١٥٧). وفي الشرع: نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه. (الكافي لابن قدامة ٢/ ٢١٨).

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٧٠.

(٣) ص٦٤، ٦٧.

(٤) ص٦٤، ٦٧.

الشريك قد يملك ذلك فإنه يملك الإحالة والاحتيال؛ لأنها فرع عنه.

وبه قال الحنابلة[١].

الأدلة:

١. أن الحوالة من أعمال التجارة، والتاجر بحاجة إليها، وذلك بسبب اختلاف الناس في الملاءة والإفلاس، وكون بعضهم أملأ من بعض، والعادة تقتضي أن يختار الأملأ فالأملأ، فالحوالة حينئذ تكون وسيلة إلى الاستيفاء، فهي أشبه ما تكون بالرهن من جهة التوثيق للاستيفاء[٢].

٢. أن الاحتيال هو عبارة عن تمليك ما في الذمة بمثله، فيجوز للشريك كالصرف[٣].

٣. أن الحوالة عقد من عقود المعاوضة، والشريك يملك عقد المعاوضة، فيملكها[٤].

---

(١) المغني ٥/ ١٣٠، المبدع ٥/ ٨، الإقناع ٢/ ٢٥٤، غاية المنتهى ٢/ ١٦٤.

(٢) بدائع الصنائع ٥/ ٧٠، الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٦٠.

(٣) بدائع الصنائع ٥/ ٧٠.

(٤) المبدع ٥/ ٨، كشاف القناع ٣/ ٥٠٠.

المبحث السادس
أخذ الشريك وإعطاؤه بمال الشركة سفتجة[١]

المقصود بالأخذ سفتجة هو: أن يدفع شخص لآخر مبلغاً من المال في بلد إقامتها ليعطيه كتاباً إلى وكيله في البلد الذي يقصده، ويستلم بموجب ذلك الكتاب مبلغاً مماثلاً لما كان قد دفعه في محل إقامته.

والمقصود بالإعطاء سفتجة هو: أن يأخذ من شخص سلعة ويعطيه صكاً بثمن تلك السلعة لوكيل له ببلد آخر، ليستوفي المقابل منه بموجب ذلك الصك الذي يحمله[٢].

وقد اختلف الفقهاء في ملكية الشريك لأخذها وإطائها بمال الشركة وذلك على قولين:

القول الأول: أن الشريك لا يملك أخذ السفتجة ولا إعطاؤها إلا بإذن شريكه.

وبهذا قال الحنفية، حيث قالوا بعدم ملكية المضارب لذلك[٣]، فكذلك غيره من الشركاء.

---

(١) السُّفتَجَة: قيل: بضم السين، وقيل بفتحها، والتاء مفتوحة، فارسية معربة، والجمع سَفَاتِج. وهي: كتاب لصاحب المال إلى وكيله في بلد آخر، ليدفع إليه بدله. وفائدتها: السلامة من خطر الطريق، ومؤنة الحمل.
(المصباح المنير ١/ ٢٧٨، تحرير ألفاظ التنبيه ص ١٩٣، المطلع ص٢٦٠-٢٦١).
(٢) المبدع ٥/ ٩، الإنصاف ٥/ ٤١٥، الإقناع ٢/ ٢٥٥.
(٣) تحفة الفقهاء ٣/ ٢٢، الهداية ٣/ ٢١١.

وبهذا قال أكثر الحنابلة، وهو المذهب عندهم[١].

القول الثاني: أن الشريك يملك أخذ السفتجة بدون إذن شريكه، ولا يملك إعطاؤها إلا بإذنه.

وبهذا قال بعض الحنابلة[٢].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم الملكية عند عدم الإذن بما يلي:

١. أن أخذ الشريك سفتجة يعد استدانة، وإعطاؤها يعد إقراضها، والشريك لا يملك الاستدانة، والإقراض إلا بإذن شريكه[٣].

٢. أن في أخذ الشريك السفتجة وإعطائها خطراً لم يؤذن له فيه، فلا يملكه[٤].

٣. أن أخذ السفتجة وإعطاؤها ليس من التجارة المأذون للشريك فيها، فلا يملكه إلا بإذن شريكه[٥].

---

(١) المغني ٥/ ١٣٠، المبدع ٥/ ٩، الإنصاف ٥/ ٤١٥، الإقناع ٢/ ٢٥٥، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٢٣.

(٢) الإنصاف ٥/ ٤١٥.

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ٩٢.

(٤) المغني ٥/ ١٣٠.

(٥) كشاف القناع ٣/ ٥٠١.

ثانياً: واستدلوا على ملكية ذلك عند الإذن بما يلي:

أن الشريك إذا أذن لشريكه في أخذ السفتجة وإعطائها صار ذلك من التجارة المأذون فيها، فيملكه الشريك[١].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية إعطاء السفتجة إلا بإذن الشريك بما استدل به أصحاب القول الأول.

ثانياً: واستدلوا على ملكية الشريك لأخذ السفتجة دون إذن شريكه بما يلي:

أنه لا ضرر في أخذ الشريك للسفتجة في مال الشركة، فيملكه[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن أخذ السفتجة لا يخلو من خطر وضرر، وذلك لأن الكتاب الذي يأخذه الشريك في السفتجة قد يضيع في أثناء الطريق، وقد يصل الشريك والكتاب معه ولكن لا يجد وكيل من أعطاه الكتاب، وقد يجده ولكنه يرفض تسليمه المبلغ إما لعدم تصديقه للكتاب أو لعدم وجود المبلغ المطلوب عنده، أو نحو ذلك من الاحتمالات التي تضر بالشركة إما بحجز المبلغ الذي أخذت به السفتجة مدة من الوقت فيفوت استرباحها فيه، أو بفقد المال بالكلية.

---

(١) المبدع ٥/٩-١٠.

(٢) الإنصاف ٥/٤١٥.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الشريك لأخذ السفتجة وإعطائها بمال الشركة إلا بإذن شريكه؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من الحفاظ على مال الشركة، واستثماره في جميع الأوقات.

المبحث السابع

توكيل الشريك غيره على مال الشركة[1]

إذا أراد الشريك أن يوكِّل شخصاً على عمل من أعمال الشركة كتسليم مبيع، وقبض ثمن، ومطالبة غريم، وما أشبه ذلك، فهل يملك ذلك بمجرد انعقاد الشركة، أو يحتاج إلى إذن شريكه؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الشريك لا يملك توكيل غيره على مال الشركة إلا بإذن شريكه إلا فيما يعجز عنه، أو ما لا يليق به مباشرته بنفسه[2].

وهذا هو الظاهر من قول المالكية، والشافعية في الوجه الصحيح عندهم، حيث قالوا بأن الوكيل لا يملك التوكيل فيما وكل فيه إلا إذا كان لا يستطيع القيام به أو لا يليق به مباشرته بنفسه[3]؛ لأن الشريك وكيل عن شريكه.

---

(١) الوَكَالَة في اللغة بفتح الواو وكسرها: التفويض، يقال: وكّلَه، أي فَوَّض إليه، ووكّلْتُ أمري إلى فلان أي: فَوَّضْتُ إليه، واكْتَفَيْتُ به. (المطلع ص٢٥٨، المصباح المنير ٢/ ٦٧٠، تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٠٦).

وفي الشرع: استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة. (الإقناع للحجاوي ٢/ ٢٣٢).

(٢) وذلك كالأعمال الدنيئة في حق أشراف الناس.

(٣) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٨٦، الشرح الصغير ٢/ ١٨٥، حيلة العلماء ٥/ ١١٩-١٢٠، المهذب ١/ ٣٥٨.

وهو الوجه الصحيح عند الحنابلة، وعليه أكثرهم[١].

القول الثاني: أن الشريك يملك توكيل غيره على مال الشركة مطلقاً.

وبهذا قال الحنفية[٢]، وهو الظاهر من الوجه الثاني عند الشافعية، حيث قالوا بملكية الوكيل للتوكيل فيما وكل فيه مطلقاً[٣]؛ لأن الشريك وكيل عن شريكه.

وهو وجه عند الحنابلة[٤].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على ملكية الشريك للتوكيل عند عجزه عن القيام بالعمل أو كونه لا يليق به مباشرته بنفسه بما يلي:

أن الشريك وكيل على مال الشريك، فلا يملك التوكيل إلا فيما لا يتولاه بنفسه، كالوكيل[٥].

ثانياً: واستدلوا على عدم ملكية الشريك للتوكيل عند القدرة على القيام به، وكونه لائقاً به بما يلي:

---

(١) المغني ٥/ ١٣٢، المبدع ٥/ ١١، الإنصاف ٥/ ٤١٧-٤١٨، كشاف القناع ٣/ ٥٠١.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٦٩، الهداية ٣/ ١٠، البحر الرائق ٥/ ١٧٨، مجمع الضمانات ص٣٩٨، اللباب ٢/ ١٢٧، حاشية رد المحتار ٤/ ٣١٧.

(٣) حلية العلماء ٥/ ١٢٠، روضة الطالبين ٤/ ٣١٣.

(٤) المغني ٥/ ١٣٢، المبدع ٥/ ١١، الإنصاف ٥/ ٤١٧.

(٥) الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٦٠.

١. أنه ليس هناك ضرورة تدعو الشريك للتوكيل، فصار كالمودَع لا يحق له إيداع الوديعة عند آخر بدون إذن صاحبها[1].

٢. أن الشريك لم يرض بتصرف غيره، فلابّد من إذنه[2].

أدلة القول الثاني:

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن الشركة قد انعقدت للتجارة، والتوكيل من توابعها، فيكون مأذوناً فيه[3].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الشركة إنما انعقدت على أن يتولى كل شريك العمل بمال الشركة، والمتبادر من ذلك هو عمل الشريك بنفسه، فيحمل عليه العقد، فلا يملك الشريك تولية العمل لغيره إلا بإذن شريكه، إلا إذا لم يستطع القيام به أو كان لا يليق؛ لأنه حينئذٍ يكون كأنه مأذون فيه عند العقد.

٢. أن الشريك قد لا يستطيع مزاولة جميع أعمال الشركة لكثرتها، أو لعجزه عن بعضها، فيضطره ذلك إلى التوكيل[4].

---

(١) البحر الزخار ٥/ ٥٨.

(٢) المرجع السابق.

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ٦٩، الهداية ٣/ ١٠، البحر الرائق ٥/ ١٧٨، مجمع الأنهر ١/ ٧٢٣، اللباب ٢/ ١٢٧، حاشية رد المحتار ٤/ ٣١٧.

(٤) بدائع الصنائع ٦/ ٦٩.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه إذا كان الأمر كذلك فله حينئذ التوكيل دون إذن الشريك.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن الشريك لا يملك توكيل غيره على مال الشركة إلا بإذن شريكه إلا فيما يعجز عنه، أو لا يليق به مباشرته بنفسه؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن ذلك أحفظ لمال الشركة، ولأن المقصود من الشركة تحصيل الربح، ولا شك أن الشريك أحرص على الربح من وكيله؛ لأن له نصيباً منه.

المبحث الثامن
مشاركة الشريك بمال الشركة

قد ينمو مال الشركة فيريد الشريك توسيع دائرة أعمالها بعقد شركة مع جهة أخرى، فهل يشترط لذلك موافقة الشركاء الآخرين، أو يملك ذلك بمطلق العقد؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الشريك لا يملك المشاركة بمال الشركة إلا بإذن شريكه، أو إطلاق التصرف له.

وبهذا قال الحنفية[1].

وهو الظاهر من قول الشافعية، حيث اشترطوا الإذن في الإبضاع[2]، وهو تبرع في العمل دون مقابل، فاشتراطه في المشاركة من باب أولى.

وبه قال الحنابلة[3].

القول الثاني: أن الشريك يملك المشاركة في مال معين من مال الشركة بدون إذن شريكه، ولا يملك المشاركة في غير المعين إلا بإذن شريكه.

---

(١) النتف في الفتاوى ١/ ٥٣٧، بدائع الصنائع ٦-٦٩-٧١، مجمع الضمانات ص٣٠٠، الدر المختار ٤/ ٣١٧، البحر الرائق ٥/ ١٧٨.

(٢) مغني المحتاج ٢/ ٢١٥، إعانة الطالبين ٣/ ١٠٧.

(٣) المغني ٥/ ١٣٠، ١٣٢، الإقناع ٢/ ٢٥٥-٢٥٦، منتهى الإرادات ١/ ٤٥٧-٤٥٨.

وبهذا قال الإمام مالك، وأصحابه[١].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية المشاركة مع عدم الإذن وعدم الإطلاق بما يلي:

١. أن الشيء لا يستتبع مثله، أي أن الشركة الثانية مثل الشركة الأولى من حيث القوة، فلا يحق للعاقد الدخول في عقد له قوة العقد الأول إلا برضا المتعاقدين معه[٢].

٢. أن الدخول في مثل هذا العقد يتضمن إيجاب حقوق في المال، وذهاب بعض الربح للغير، فلا بّد من موافقة الشريك الآخر[٣].

ثانياً: واستدلوا على ملكية المشاركة عند الإطلاق بما يلي:

أن الشريك إذا أطلق لشريكه التصرف في مال الشركة كأن يقول له: اعمل فيها برأيك، فقد فوضه في التصرف الذي تقتضيه الشركة، فجاز له كل ما هو من التجارة، ومن ذلك المشاركة[٤].

---

(١) المدونة ٥/ ٧٨، مختصر خليل ص٢١٢، شرح منح الجليل ٢/ ٢٨٩، شرح الخرشي ٦/ ٤٣.
(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٦٩.
(٣) المغني ٥/ ١٣٠، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٢٣.
(٤) المغني ٥/ ١٣٣.

أدلة القول الثاني:

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: بالنسبة لقولهم بعدم ملكية الشريك للمشاركة في مال غير معين من مال الشركة بدون إذن شريكه فلم أطلع على دليلٍ لهم عليه، ولكن يمكن الاستدلال له بما سبق في أدلة القول الأول.

ثانياً: واستدلوا على ملكية الشريك للمشاركة بدون إذن شريكه إذا كان في مال معيّن من مال الشركة بما يلي:

أن المشاركة بمال معين من مال الشركة تجارة من التجارات، فيملكه الشريك بعقد المشاركة بدون إذن شريكه، كسائر أسباب التجارة[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الشريك لا يملك من أسباب الاتجار إلا ما لا يترتب عليه ضرر بشريكه، والمشاركة قد يترتب عليها ضرر؛ لأنه يترتب عليها حقوق في مال الشركة، وفيها مشاركة في الربح، فلا يملكها الشريك إلا بإذن شريكه.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الشريك للمشاركة بمال الشركة إلا بإذن

---

(١) المدونة ٥/ ٧٨.

شريكه، أو إطلاق التصرف له؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن مثل هذا العقد يوجب حقاً في الربح للعاقد الجديد، وبناء على ذلك فإنه سيقل نصيب الشريك من الربح عما لو اقتصرت الشركة على حالتها الأولى، فلا بّد لذلك من الإذن أو التفويض؛ لأنه دليل الرضا بالتصرف.

المبحث التاسع
مضاربة الشريك بمال الشركة

قد يكثر وينمو مال الشركة فيريد الشريك توسيع دائرة أعمالها بعقد مضاربة مع جهة أخرى، فهل يشترط لذلك موافقة الشركاء الآخرين، أو يملك ذلك بمطلق العقد؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الشريك لا يملك المضاربة بمال الشركة إلا بإذن شريكه، أو إطلاق التصرف له.

وبهذا قال المالكية[(١)]، والحنابلة[(٢)].

القول الثاني: أن الشريك لا يملك المضاربة بمال الشركة إلا بإذن شريكه.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة في رواية عنه[(٣)].

وهو الظاهر من قول الشافعية، حيث اشترطوا الإذن في الإبضاع[(٤)]، وهو تبرع في العمل دون مقابل، فالاشتراط في المضاربة من باب أولى.

---

(١) المدونة ٥/ ٧٥، ٧٨، مختصر خليل ص٢١٢، بداية المجتهد ٢/ ٢٥٦، مواهب الجليل ٥/ ١٢٧، شرح الخرشي ٦/ ٤٣. وقيده بعضهم بما إذا كان المال واسعاً ويحتاج فيه إلى ذلك.
(٢) المغني ٥/ ١٣٠، ١٣٢، المبدع ٥/ ٩، الإنصاف ٥/ ٤١٤، غاية المنتهى ٢/ ١٦٤.
(٣) المبسوط ١١/ ١٧٦، بدائع الصنائع ٦/ ٦٩، الهداية ٣/ ٩، مجمع الضمانات ص٢٩٨، البحر الرائق ٥/ ١٧٨.
(٤) مغني المحتاج ٢/ ٢١٥، فتح الوهاب ١/ ٢١٧.

القول الثالث: أن الشريك يملك المضاربة بمال الشركة بدون إذن شريكه وبهذا قال الإمام أبو حنيفة في رواية عنه، وبها أخذ أصحابه[١].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية المضاربة عند عدم الإذن أو الإطلاق بما يلي:

أن مضاربة الشريك بمال الشركة تؤدي إلى إثبات حقوق في المال، ويستحق ربحه لغيره، وليس ذلك له، فلا يملكه[٢].

ثانياً: واستدلوا على ملكية المضاربة عند الإطلاق بما يلي:

أن الشريك إذا أطلق لشريكه التصرف فقد فوّض إليه الرأي في التصرف في التجارة -ومن ذلك المضاربة- وقد يرى المصلحة في ذلك، فيملكه[٣].

دليل القول الثاني:

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

---

(١) المبسوط ١١/ ١٧٦، بدائع الصنائع ٦/ ٦٩، الهداية ٣/ ٩، الدر المختار ٤/ ٣١٧، شرح فتح القدير ٦/ ١٨٣، البحر الرائق ٥/ ١٧٨.

(٢) المغني ٥/ ١٣٠، المبدع ٥/ ٩، كشاف القناع ٣/ ٥٠٠.

(٣) الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٦٢.

أن المضاربة نوع شركة؛ لأن رب المال والمضارب يشتركان في الربح، والشريك لا يملك المشاركة بإطلاق العقد، فلا يملك المضاربة إلا عند الإذن فيها[(١)].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشته السرخسي[(٢)]، والكاساني[(٣)] بأنه غير سديد؛ لأن هناك فرقاً بين الشركة والمضارب؛ لأن الشركة توجب الاشتراك في الأصل والفرع، والمضاربة توجب الاشتراك في الفروع دون الأصل، والشيء يستتبع ما هو دونه، ولا يستتبع ما هو فوقه أو مثله[(٤)].

دليل القول الثالث:

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الشريك يملك استئجار من يعمل معه في الشركة، فلأن يملك

---

(١) المبسوط ١١/ ١٧٦، بدائع الصنائع ٦/ ٦٩، الهداية ٣/ ٩، مجمع الضمانات ص٢٩٨، شرح فتح القدير ٦/ ١٨٣، البحر الرائق ٥/ ١٧٨.

(٢) هو محمّد بن أحمد بن أبي بكر السرخسي، شمس الأئمة، أحد أعلام المذهب الحنفي المشهورين ومن طبقة المجتهدين في المسائل، اشتهر بحفظه وقوة ذاكرته، له مصنفات من أشهرها: المبسوط في الفقه، أملاه على تلاميذه وهو مسجون في بئر، توفي في حدود سنة ٤٩٠ هـ. (الجواهر المضية ٣/ ٧٨-٨٢، الفوائد البهية ٥٨-١٥٩).

(٣) هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد مسعود الكاساني، علاء الدين، أصولي، فقيه من كبار فقهاء الحنفية، تفقّه على السمرقندي صاحب التحفة، وصنف بدائع الصنائع، وهو شرح للتحفة، فعرضه على شيخه فازداد به فرحاً، وزوجه ابنته وجعل مهرها منه ذلك، وله أيضاً السلطان المبين في أصول الدين، توفي سنة ٥٨٧ هـ. (الجواهر المضية ٤/ ٢٥-٢٨، الفوائد البهية ص٥٣).

(٤) المبسوط ١١/ ١٧٦، بدائع الصنائع ٦-٦٩.

الدفع مضاربة أولى؛ لأن الأجير يستحق الأجر سواء حصل في الشركة ربح أم لم يحصل، والمضارب لا يستحق شيئاً بعمله إلا إذا كان في المضاربة ربح(١).

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن هناك فرقاً بين الاستئجار والمضاربة هنا؛ لأن الاستئجار لا يترتب عليه إثبات حقوق في المال، ومشاركة في الربح، بخلاف المضاربة فإنه يترتب عليها ذلك كما سبق في أدلة أصحاب القول الأول.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن الشريك لا يملك المضاربة بمال الشركة إلا بإذن شريكه، أو إطلاق التصرف له؛ لقوة ما استدلوا به، ولما سبق في الترجيح في مشاركة الشريك بمال الشركة في المبحث السابق.

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٦٩، البحر الرائق ٥/ ١٧٨.

المبحث العاشر

إبضاع الشريك مال الشركة[١]

إذا أراد الشريك دفع مال المضاربة إلى غيره عن طريق الإبضاع، فهل يملك ذلك بمقتضى العقد، أو لا بّد له من إذن خاص من شريكه؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الشريك لا يملك إبضاع مال الشركة إلا بإذن شريكه، أو إطلاق التصرف له.

وبهذا قال الإمام أحمد في رواية عنه، وهو الوجه الصحيح عند أصحابه[٢].

القول الثاني: أن الشريك لا يملك إبضاع مال الشركة إلا بإذن شريكه.

وبهذا قال الشافعية[٣].

القول الثالث: أن الشريك يملك إبضاع مال الشركة بدون إذن شريكه.

وبهذا قال الحنفية[٤]، والمالكية[٥].

---

(١) الإبضاع في اللغة بكسر الهمزة، من أَبْضَعْتُ الشَّيْءَ واسْتَبْضَعْتُه، أي جَعلتُه بِضاعَة، والبضاعة هي: طائفة من المال تبعث للتجارة. (المطلع ص٢١٦، تحرير ألفاظ التنبيه ص ٢١٥، المصباح المنير، مادة «بضع» ١/ ٥١).

وفي الشرع: دفع مال لآخر ليعمل فيه على أن يكون الربح لرب المال ولا شيء للعامل. (البحر الرائق ٥/ ١٧٧، حاشية رد المحتار ٤/ ٣١٦-٣١٧).

(٢) المغني ٥/ ١٣١-١٣٢، المبدع ٥/ ١٠، الإنصاف ٥/ ٤١٧، غاية المنتهى ٢/ ١٦٥.

(٣) مغني المحتاج ٣/ ٢١٥، فتح الوهاب ١/ ٢١٧، إعانة الطالبين ٣/ ١٠٧.

(٤) النتف في الفتاوى ١/ ٥٣٧، بدائع الصنائع ٦/ ٦٨، فتاوى قاضيخان ٣/ ٦١٤، ٦٢٠، مجمع الضمانات ص٢٩٨، المختار ٣/ ١٧.

(٥) المدونة ٥/ ٧٥، مختصر خليل ص ٢١٢، بداية المجتهد ٢/ ٢٥٦، مواهب الجليل ٥/ ١٢٧، شرح الخرشي ٦/ ٤٣.

وهو رواية عن الإمام أحمد، ووجه عند أصحابه[١].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية الإبضاع عند عدم الإذن، والإطلاق بما يلي:

أن إبضاع الشركة مال الشركة ليس منها وفيه غرر به، فلا يملكه إلا بإذن أو إطلاق تصرف[٢].

ثانياً: واستدلوا على ملكية الإبضاع عند الإطلاق بما يلي:

أن الشريك بإطلاقه التصرف لشريكه قد فوّض إليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة، فجاز له كل ما هو من التجارة، ومن ذلك الإبضاع[٣].

دليل القول الثاني:

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن مقتضى الإبضاع تسليم الشريك مال الشركة إلى غيره، وشريكه لم يرض بغير يده، فلا يملكه إلا بإذنه[٤].

---

(١) المغني ٥/ ١٣١-١٣٢، المبدع ٥/ ١٠، الإنصاف ٥/ ٤١٧.

(٢) المغني ٥/ ١٣٢، المبدع ٥/ ١٠، كشاف القناع ٣/ ٥٠١.

(٣) المغني ٥/ ١٣٣.

(٤) مغني المحتاج ٢/ ٢١٥.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن إطلاق التصرف للشريك بقول شريكه له: اعمل برأيك، إذن بعمل كل ما هو من عمل التجار، ومن أعمالهم تسليم المال إلى من يتجر به بضاعة، فيكون ذلك إذناً عاماً.

أدلة القول الثالث:

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن للشريك أن يستأجر من يعمل في الشركة بعوض، وكل من جاز له أن يستأجر لتحصيل الربح جاز له أن يبضع؛ لأن الاستئجار تحصيل بعوض، والإبضاع بدونه، فكان الاستئجار أعلى، ومن ملك الأعلى ملك الأدنى[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته كما سبق[٢] في مسألة المضاربة من أن هناك فرقاً بين الاستئجار والإبضاع هنا؛ لأن الاستئجار لا يترتب عليه إثبات حقوق في المال، بخلاف الإبضاع فقد يترتب عليها ذلك بأن يتعامل المبضع مع أناس غير ثقات، أو يشتري سلعة غير رائجة، أو نحو ذلك فيعود الضرر على مال الشركة، ويترتب على ذلك حقوق فيه.

٢. أن الشركة تنعقد على عادة التجار، والإبضاع من عاداتهم، فيملكه الشريك بدون إذن شريكه[٣].

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٦٨، شرح فتح القدير ٦/ ١٨٣.
(٢) ص ١١٠-١١١.
(٣) بدائع الصنائع ٦/ ٦٨، المبدع ٥/ ١٠.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الشركة إنما تنعقد على تمليك الشريك ما لا يحتمل حصول ضرر منه على مال الشركة من التصرفات التي هي من عادة التجار، أما ما كان كذلك فلا يملكه إلا بإذن أو إطلاق تصرف حفاظاً على مال الشركة من التلف والضياع، والإبضاع قد يترتب عليه ضرر بمال الشركة؛ لما قد يترتب على تصرفات المبضع فيه من التزامات، ونحو ذلك.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن الشريك لا يملك إبضاع مال الشركة إلا بإذن شريكه، أو إطلاق التصرف له؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن في ذلك إخراجاً لمال الشركة من يد إلى أخرى، وهذا فيه مخالفة لرغبة الشريك، إذ ربما لا يرضى بإخراج المال إلى يد أجنبية؛ لأن الأيدي ليست واحدة، فمنها الأمينة ومنها ما ليست كذلك.

المبحث الحادي عشر

استئجار الشريك للشركة، وإجارته مالها[١]

قد تدعو الحاجة لأن يستأجر الشريك أجيراً بعينه على القيام ببعض أعمالها، أو يكون بعض مالها مما يصلح للإجارة كالبيت أو السيارة، أو نحو ذلك، فهل يملك الشريك الاستئجار والإجارة بمطلق العقد، أو يحتاج إلى إذن خاص من شريكه؟

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على ملكية الشريك للاستئجار للشركة وإجارة مالها بمطلق العقد، أي بدون إذن شريكه.

فقد قال بذلك الحنفية[٢]، والمالكية[٣].

وهو الظاهر من قول الشافعية، حيث أجازوا لعامل المضاربة أن يستأجر من رأس المال فيما لا يلزمه فعله[٤] بل الشريك أولى لمشاركته في رأس المال.

---

(١) الإجارَة في اللغة مأخوذة من الأَجْر، وهو الجزاء على العمل. (معجم مقاييس اللغة، مادة «أجر» ١/ ٦٢-٦٣، القاموس المحيط ١/ ٣٧٦، المطلع ص٢٦٣-٢٦٤).

وفي الشرع: عقد على منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة، من عين معلومة، أو موصوفة في الذمة، أو عمل معلوم، بعوض معلوم. (الإقناع للحجاوي ٢/ ٢٨٣، منتهى الإرادات ٢/ ٤٧٦).

(٢) النتف في الفتاوى ١/ ٥٣٧، بدائع الصنائع ٦/ ٦٩-٧٠، المختار ٣/ ١٧، الدر المختار ٤/ ٣١٦- مجمع الضمانات ص٢٩٨، البحر الرائق ٥/ ١٧٧.

(٣) مواهب الجليل ٥/ ١٢٧، ١٢٨، الشرح الكبير للدردير ٣/ ٣٥٤.

(٤) المهذب ١/ ٣٩٣، أسنى المطالب ٢/ ٣٨٧.

وبه قال الحنابلة[١].

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

أولاً: استدلوا على ملكية الاستئجار بما يلي:

أن المنافع عند إيراد العقد تجري مجرى الأعيان، فكان الاستئجار بمنزلة الشراء، والشريك يملك الشراء، فيملك الاستئجار[٢].

ثانياً: استدلوا على ملكية الإجارة بما يلي:

أن المقصود بالشركة التجارة بقصد الربح، والإجارة من التجارة، بل من ضروراتها؛ لأن التاجر لا يجد بُدًا منها، وهي أيضاً من عادات التجار، فيملكها الشريك[٣].

---

(١) الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٥٤، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٢٣.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٧٠، الاختيار ٣/ ١٧، المبدع ٥/ ٩، كشاف القناع ٣/ ٥٠٠.

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ٦٩-٧٠، البحر الرائق ٥/ ١١٧، الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٦٠.

المبحث الثاني عشر
إعارة الشريك مال الشركة[1]

إذا كان لدى الشريك شيء من مال الشركة مما ينتفع به مع بقاء عينه فطلب أحد منه إعارة ذلك فهل يملك ذلك بمطلق العقد، أو لا بّد من إذن شريكه بذلك؟.

الظاهر من كلام الفقهاء اختلافهم في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الشريك لا يملك إعارة مال الشركة إلا بإذن شريكه.

وبهذا قال الإمام مالك، وأصحابه[2].

وهذا هو الظاهر من قول الشافعية، حيث قال النووي: «ويتسلط كل منهما على التصرف بلا ضرر..»[3]، والإعارة فيها شيء من الضرر على الشريك؛ لأنها تبرع بالمنفعة، وحبس للمال.

وهو الظاهر من قول الحنابلة، حيث قال ابن قدامة: «ولكل

---

(١) العارِيّة في اللغة مأخوذة من التعاوُر وهو التَّداوُل، يقال: اعْتَوَروا الشيءَ، وتَعَوَّرُوه، وتَعَوَّرُوه، إذا تَداوَلُوه بينهم، وقيل: مأخوذة من عَارَ الشيء يعير: إذا ذهب وجاء. (الصحاح مادة «عور» ٢/ ٧٦١-٧٦٢، معجم مقاييس اللغة مادة «عور» ٤/ ١٨٤، المطلع ص٢٧٢).

وفي الشرع: إباحة نفع عين بغير عوض. (الإقناع للحجاوي ٢/ ٣٣١، منتهى الإرادات ١/ ٥٠٣).

(٢) المدونة ٥/ ٧٩، مواهب الجليل ٥/ ١٢٨، جواهر الإكليل ٢/ ١١٦.

(٣) المنهاج ٢/ ٢١٤.

واحد من الشريكين أن يبيع ويشتري.. ويفعل كل ما هو من مصلحة التجارة بمطلق الشركة»[١].

والإعارة ليس فيها مصلحة للتجارة؛ لأنها تبرع بالمنفعة، وحبس للمال.

القول الثاني: أن الشريك يملك إعارة مال الشركة بدون إذن شريكه.

وبهذا قال الحنفية[٢].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الإعارة فعل معروف، ولا يملك أحد الشريكين فعل المعروف في مال الشركة إلا بإذن شريكه[٣].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الإعارة أمرٌ معتادٌ، ولا بّد للشريك منها، فيملكها بدون إذن شريكه[٤].

---

(١) الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٦٠.

(٢) النتف في الفتاوى ١/ ٥٣٧، فتاوى قاضيخان ٣/ ٦١٤، ٦٢٠، اللباب ٢/ ١٢٧.

(٣) المدونة ٥/ ٧٩.

(٤) اللباب ٢/ ١٢٧.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنها وإن كانت أمراً معتاداً إلا أن الشريك لا يملك من التصرفات ما فيه ضرر على مال الشركة، والإعارة فيها ضرر؛ لأنها تبرع بالمنفعة بدون عوض.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الشريك إعارة مال الشركة إلا بإذن شريكه؛ لقوة ما استدلوا به، ولأنها تبرع بمنافع مال الشركة فلا يملكها الشريك بدون إذن شريكه كالتبرع بعين من أعيانها، وحفاظاً على مال الشركة من تناقل الأيدي له بدون مصلحة مالية، ولما في ذلك من حبس مال الشركة مدة الإعارة عن الاسترباح، فقد تسنح فرصة ثمينة لبيع هذه السلعة المعارة ولا يتمكن الشريك من استغلالها لبعد المستعير أو كون العارية بحال لا يمكن استردادها فيها، فتفوت على الشركة، وهي إنما انعقدت لتحصيل الربح.

المبحث الثالث عشر

إيداع الشريك مال الشركة[١]

قد يحتاج الشريك إلى إيداع جزء من مال الشركة مدة من الوقت بقصد حفظه من الضياع، فهل يملك ذلك بمطلق العقد، أولا بّد من أخذ إذن شريكه في ذلك؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الشريك لا يملك إيداع مال الشركة إلا بإذن شريكه إلا عند الحاجة إليه.

وبهذا قال المالكية[٢]، وهو رواية عن الإمام أحمد، وهو الوجه الصحيح عند أصحابه[٣].

قال ابن قدامة: «..والصحيح أن الإيداع يجوز عند الحاجة إليه»[٤].

القول الثاني: أن الشريك يملك إيداعمال الشركة بدون إذن شريكهمطلقاً.

---

(١) الإيداع في اللغة مأخوذ من الوَدع وهو الترك، يقال: وَدَعْتُ الشيء، وَدْعَاً أي تركته، وسميت الوديعة بذلك لأنها متروكة عند المودَع. (تهذيب اللغة، مادة «ودع» ٣/ ١٣٦، المصباح المنير مادة «ودع» ٢/ ٦٥٣، المطلع ص٢٧٩).
والإيداع عند الفقهاء هو: توكيل رب المال جائز التصرف في الحفظ لماله، تبرعاً من الحافظ. (حاشية ابن قاسم على الروض المربع ٥/ ٤٥٦).

(٢) المدونة ٥/ ٧٦، مختصر خليل ص٢١٢، بداية المجتهد ٢/ ٢٥٦، مواهب الجليل ٥/ ١٢٨.

(٣) المغني ٥/ ١٣٢، المبدع ٥/ ١٠، الإنصاف ٥/ ٤١٥-٤١٦، منتهى الإرادات ١/ ٤٥٧.

(٤) المغني ٥/ ١٣٢.

وبهذا قال الحنفية[1]، وهو الظاهر من قول الشافعية، حيث قالوا بملكية عامل المضاربة لذلك بدون إذن صاحب المال[2]، فكذلك هنا.

القول الثالث: أن الشريك لا يملك إيداع مال الشركة إلا بإذن شريكه مطلقاً.

وبهذا قال الإمام أحمد في رواية عنه، وهو وجه عند أصحابه[3].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الإيداع من الأمور المهمة للشركة، فيملكه الشريك عند الحاجة إليه، أشبه ما لو دفع متاعاً لحمال بقصد إيصاله إلى مكان الشركة[4].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن الشركة قد انعقدت للتجارة، والإيداع من عادة التجار، وقد تدعو الحاجة إليه، فيملكه الشريك بدون إذن شريكه[5].

---

(١) النتف في الفتاوى ١/ ٥٣٧، المبسوط ١١/ ١٧٥، بدائع الصنائع ٦/ ٧٨-٦٩)، فتاوى قاضيخان ٣/ ٦١٤، ٦٢٠، مجمع الضمانات ص٢٩٨، الدر المختار ٤/ ٣١٦، البحر الرائق ٥/ ١٧٨.

(٢) نهاية المحتاج ٥/ ٢٢١.

(٣) المغني ٥/ ١٣٢، المبدع ٥/ ١٠، الإنصاف ٥/ ٤١٥-٤١٦.

(٤) المغني ٥/ ١٣٢.

(٥) بدائع الصنائع ٦/ ٦٨-٦٩، شرح فتح القدير ٦/ ١٨٣، المغني ٥/ ١٣٢، المبدع ٥/ ١٠، كشاف القناع ٣/ ٥٠١.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشة هذا الدليل بأنه ما دام أن الشركة قد انعقدت للتجارة فإن ذلك يقتضي عدم حبس المال بإيداعه إلا عند الحاجة إلى ذلك، بل يتاجر فيه بالتعامل به، وعادة التجار الاتجار بأموالهم وعدم حبسها بالإيداع إلا عند الحاجة.

٢. أن الشريك يملك الاستئجار لحفظ مال الشركة، والاستئجار يقتضي دفع عوض، فيملك الحفظ بغير عوض -وذلك بالإيداع- من باب أولى[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الاستئجار للحفظ إنما يكون عند الحاجة إليه، أما مع عدم الحاجة فلا يملكه الشريك، فكذلك الإيداع.

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الإيداع ليس من الشركة، وفيه غرر، فلا يملكه الشريك إلا بإذن شريكه[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه لا غرر في الإيداع، بل فيه فائدة المحافظة على مال الشركة، وكون الشريك شريكاً في المال يجعله يتحرى الثقة عند الإيداع.

---

(١) المبسوط ١١/ ١٧٥، بدائع الصنائع ٦/ ٦٩، البحر الرائق ٥/ ١٧٨.

(٢) المغني ٥/ ١٣٢، المبدع ٥/ ١٠.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الشريك لإيداع مال الشركة إلا بإذن شريكه إلا عند الحاجة إليه؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن الإيداع حبس لمال الشركة عن الاتجار به، وهي إنما عقدت بقصد تحصيل الربح، وهذا الحبس لا يملكه الشريك بدون إذن شريكه إلا عند الحاجة للحفظ، ولأن في الإيداع نقلاً لمال الشركة من يد الشريك إلى يد أجنبية، وقد لا يرضى الشريك بذلك، فلا يلجأ إليه إلا عند الحاجة.

المبحث الرابع عشر
تبرع الشريك من مال الشركة[1]

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على عدم ملكية الشريك للتبرع من مال الشركة بدون إذن شريكه، سواء كان ذلك بهبة، أم صدقة، أم غير ذلك، وعلى أنه إن فعل ذلك فإنه يثبت في نصيبه دون نصيب شريكه.

فقد قال بذلك الحنفية[2]، والمالكية[3].

وهو الظاهر من قول الشافعية، حيث قال النووي: «ويتسلط كل منهما على التصرف بلا ضرر..»[4] والضرر في التبرع ظاهر.

وبه قال الحنابلة[5].

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

١. أن الشركة قد انعقدت بقصد التجارة، والتبرع ليس منها، فلا يملكه الشريك إلا بإذن شريكه[6].

---

(١) التبرع هو بذل الشيء دون قصد لطلب العوض عنه. (المصباح المنير، مادة «برع» ١/ ٤٤).

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٧٢، تبيين الحقائق ٣/ ٣٢٠، الدر المختار ٤/ ٣١٨، مجمع الضمانات ص٣٠٢، مجمع الأنهر ١/ ٧٢٣.

(٣) المدونة ٥/ ٧٩-٨٠، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٨٤، بداية المجتهد ٢/ ٢٥٦، جواهر الإكليل ٢/ ١١٦.

(٤) المنهاج ٢/ ٢١٤.

(٥) المغني ٥/ ١٣٣، المذهب الأحمد ص١٠٣، المبدع ٥/ ٩، غاية المنتهى ٢/ ١٦٤.

(٦) المبدع ٥/ ٩، كشاف القناع ٣/ ٥٠٠.

٢.أن المقصود من الشركة هو حصول الربح، وهو غير موجود في التبرع فيكون منافياً للمقصود، فلا يملكه الشريك إلا بإذن شريكه[1].

(١) شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٢٣.

المبحث الخامس عشر
إبراء الشريك من مال الشركة[1]

إذا باع الشريك شيئاً من مال الشركة، أو كان للشركة دين على أحد فهل يملك الشريك إبراء المشتري من الثمن أو بعضه، أو المدين من الدين أو بعضه؟ وإذا فعل ذلك، فهل يثبت في نصيبه ونصيب شريكه، أو في نصيبه فقط؟.

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على عدم ملكية الشريك للإبراء من مال الشركة إلا بإذن شريكه.

وعلى أنه إن فعل ذلك ثبت في نصيبه دون نصيب شريكه.

فهو الظاهر من قول الحنفية، والمالكية حيث قالوا -كما سبق-[2] بعدم ملكية الشريك للتبرع من مال الشركة إلا بإذن شريكه، وأنه إن فعل ذلك ثبت في نصيبه دون نصيب شريكه، والإبراء تبرع بالثمن، أو الدين، أو بعضهما.

كما أنه الظاهر من قول الشافعية، حيث قال النووي: «ويتسلط كل منهما على التصرف بلا ضرر..»[3]، ولا شك أن في الإبراء ضرراً؛ لأنه يترتب عليه خروج جزء من مال الشركة بدون مقابل.

---

(١) الإبْرَاء هو الإسقاط، يقال: أبرأه من كذا، إذا اسقطه عنه. (المطلع ص٣١٦).

(٢) ص ١٢٣.

(٣) المنهاج ٢/ ٢١٤.

وبه قال الحنابلة[١].

قال المرداوي[٢] عن قول ابن قدامة: (وإن أبرأ من الدين لزم في حقه دون صاحبه)[٣]: «بلا نزاع»[٤].

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية الشريك للإبراء بما يلي:

أن المقصود من عقد الشركة التجارة، والإبراء ليس منها، فلا يملكه الشريك إلا بإذن شريكه[٥].

ثانياً: واستدلوا على عدم لزوم الإبراء في حق الشريك، ولزومه في حق المبرىء بما يلي:

١. أن الإبراء تبرع من الشريك، والتبرع يجوز في حق نفسه دون شريكه[٦].

٢. أن الإبراء يلزم في حق الشريك المبرىء قياساً على الصدقة[٧].

---

(١) المغني ٥/ ١٣١، المبدع ٥/ ١٣، الإنصاف ٥/ ٤٢١، الإقناع ٢/ ٢٥٦.

(٢) هو علي بن سليمان بن أحمد المرداوي، ثم الدمشقي، محرر المذهب الحنبلي ومنقحه، ولد في «مردا» قرب نابلس سنة ٨١٧ هـ، ونشأ بها ورحل إلى القاهرة ثم دمشق، له مؤلفات منها: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، وتصحيح الفروع، والتحرير في الأصول، توفي في دمشق سنة ٨٨٥ هـ. (مختصر طبقات الحنابلة ص٧٦-٧٧، الجوهر المنضد ص٩٩-١٠١، السحب الوابلة ١/ ١٨٥-١٨٧).

(٣) المقنع ص ١٣١.

(٤) الإنصاف ٥/ ٤٢١.

(٥) المبدع ٥/ ١٣، كشاف القناع ٣/ ٥٠٢.

(٦) المغني ٥/ ١٣١، المبدع ٥/ ١٣، كشاف القناع ٣/ ٥٠٢.

(٧) المبدع ٥/ ١٣.

المبحث السادس عشر

إعتاق الشريك لعبد الشركة، ومكاتبته له[1]

إذا كان مال الشركة يشتمل على عبيد أو إماء، فأراد الشريك إعتاق أحدهم على غير مال فالظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة -كما سيأتي- اتفاقهم على عدم ملكيته لذلك بدون إذن شريكه؛ لأنه ضرر محض، كالتبرع.

أما إذا أراد إعتاقه على مال، أو مكاتبته فهل يملك ذلك بمقتضى عقد الشركة، أي بدون إذن شريكه، أو لا بّد من إذن شريكه في ذلك؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الشريك لا يملك إعتاق عبد الشركة على مال ولا مكاتبته إلا بإذن شريكه.

وبهذا قال الحنفية[2]، والمالكية[3].

---

(١) الكِتَابَة في اللغة اسم مصدر بمعنى المكاتبة مأخوذة من الكَتْبِ، وهو الجمع، وسميت بذلك لأنها تجمع نجوماً. (تهذيب اللغة، مادة «كتب» ١٠/ ١٥٠، تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٤٥، المطلع ص٣١٦).

وفي الشرع: بيع سيد رقيقة نفسه، أو بعضه بمال مؤجل في ذمته، مباح، معلوم، يصح فيه السلم، منجّم يعلم قسط كل نجم ومدته. (الإقناع للحجاوي ٣/ ١٤٣).

(٢) النتف في الفتاوى ١/ ٥٣٨، بدائع الصنائع ٦/ ٧٢، الدر المختار ٤/ ٣١٨، مجمع الأنهر ١/ ٧٢٣، مجمع الضمانات ص٣٠٠، ٣٠٢.

(٣) المدونة ٥/ ٨٠، مختصر خليل ص٢١٢، جواهر الإكليل ٢/ ١١٧. شرح منح الجليل ٣/ ٢٩٢.

وهو الظاهر من مذهب الشافعية، حيث قالوا بعدم ملكية عامل المضاربة لذلك إلا بإذن صاحب المال[(١)]، فكذلك هنا؛ لأن كلا منهما شريك.

وبه قال جمهور الحنابلة، وهو الصحيح من مذهبهم[(٢)].

القول الثاني: أن الشريك يملك إعتاق عبد الشركة على مال ومكاتبته بدون إذن شريكه.

وبهذا قال بعض الحنابلة[(٣)].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الشركة تنعقد على التجارة، والإعتاق والكتابة ليسا من التجارة، ولذلك لا يملكها المأذون له في التجارة، فلا يملكها الشريك إلا بإذن شريكه[(٤)].

دليل القول الثاني:

أما القول الثاني فلم أطلع على دليلٍ لهم، ولكن لعلهم يستدلون بما يلي:

أن الشركة قد انعقدت للتجارة، وفي الإعتاق على مال والمكاتبة

---

(١) روضة الطالبين ٥/ ١٣١.

(٢) المغني ٥/ ١٣٠، المذهب الأحمد ص ١٠٣، المبدع ٥/٩، الإنصاف ٥/ ٤١٤، الإقناع ٢/ ٢٥٥.

(٣) الإنصاف ٥/ ٤١٤.

(٤) بدائع الصنائع ٦/ ٧٢، المغني ٥/ ١٣٠، المبدع ٥/ ٩، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٢٣.

اتجار؛ لأن في الإعتاق على مال معاوضة، وهي أخذ مال مقابل رقبته، وفي المكاتبة معاوضة أيضاً، وهي ما يدفعه العبد من المال منجّماً مقابل التنازل عن رقبته، وإذا كان كذلك ملكه الشريك، كالبيع.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته من وجهين:

الوجه الأول: لا نسلّم بأن الإعتاق، والكتابة من التجارة، كما سبق في دليل أصحاب القول الأول.

الوجه الثاني: على تقدير التسليم بأنهما من التجارة، فإن الشريك لا يملكها، وذلك لأن ما يدفعه العبد من مال مقابل رقبته هو مال للشركة؛ لأن العبد وما ملك لسيده، فيكون الشريك قد عاوض بعض مال الشركة ببعض، وهو لا يملك ذلك؛ لأنه لا فائدة فيه، بل فيه ضرر كما هو ظاهر.

الترجيح:

الراجح في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- القول الأول القائل بعدم ملكية الشريك لإعتاق العبد والأمة على مال، ولا مكاتبتهما إلا بإذن شريكه؛ لقوة ما استدلوا به، ولما ذكرت من مناقشة ما استدللت به لأصحاب القول الثاني.

المبحث السابع عشر
تزويج الشريك لعبد الشركة، أو أمتها

إذا كان مال الشركة يتضمن عبيداً أو إماء فطلب أحد منهم الزواج، أو أراد الشريك تزويجه بدون طلب منه، فهل يملك الشريك ذلك بمطلق العقد، أي بدون أخذ إذن شريكه، أو لا بّد من أخذ إذن الشريك في ذلك؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الشريك لا يملك تزويج عبد الشركة أو أمتها إلا بإذن شريكه.

وبهذا قال الحنفية[1].

وهو الظاهر من قول المالكية، حيث قال ابن عبد البر: «ولا يجوز لأحدهما في المال أن يهب ولا أن يحابي، ولا يصنع معروفاً إلا بإذن صاحبه إلا أن يكون مما يعود على متجرهما فيه عائدة..»[2] ولاشك أن تزويج العبد، أو الأمة يعود بفائدة، بل قد يعود بضرر.

كما أنه الظاهر من قول الشافعية، حيث قالوا بعدم ملكية

(١) النتف في الفتاوى ١/ ٥٣٨، بدائع الصنائع ٦/ ٧٢، مجمع الضمانات ص٣٠٢، البحر الرائق ٥/ ١٧٨.

(٢) الكافي لابن عبد البر ٢/ ٧٨٤.

الشريك لما فيه ضرر من التصرفات[1]، والتزويج في هذه الحالة فيه شيء من الضرر.

وبه قال جمهور الحنابلة، وهو الصحيح من مذهبهم[2].

القول الثاني: أن الشريك يملك تزويج عبد الشركة أو أمتها بدون إذن شريكه.

وبهذا قال بعض الحنابلة[3].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١.أن الشركة تنعقد على التجارة، وتزويج العبد والأمة ليس من التجارة، ولذلك لا يملكه المأذون له في التجارة، فلا يملكه الشريك إلا بإذن شريكه[4].

٢.أن تزويج العبد أو الأمة من مال الشركة ضرر محض عليها، والشريك لا يملك من التصرف ما فيه ضرر بالمال، فلا يملكه[5].

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ٢١٤.

(٢)المغني ٥/ ١٣٠، المذهب الأحمد ص١٠٣، المبدع ٥/ ٩، الإنصاف ٥/ ٤١٤، غاية المنتهى ٢/ ١٦٤، كشاف القناع ٣/ ٥٠٠.

(٣) الإنصاف ٥/ ٤١٤.

(٤)بدائع الصنائع٦/ ٧٢، المغني ٥/ ١٣٠، المبدع ٥/ ٩، كشاف القناع ٣/ ٥٠٠.

(٥) المراجع السابقة.

دليل القول الثاني:

لم أطلع على دليلٍ لأصحاب هذا القول، ولكن يمكن الاستدلال لهم بما يلي:

أن عبد الشركة أو أمتها قد يحتاج إلى التزويج، بل قد يضطر إلى ذلك لثوران شهوته، فيملك الشريك تزويجه دفعاً لهذا الضرر عنه، كما يملك دفع الضرر عن سائر أموال الشركة.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه وإن كان في التزويج مصلحة للعبد أو الأمة إلا أن فيه مضرة على غيرهما وهو الشريك لما يترتب عليه من مهر ونفقات وذهاب المنفعة في بعض الأوقات، والشريك لا يملك ما يضر بشريكه من التصرف، وإن كان فيه مصلحة لعين المال، كما أن دفع الضرر عن الشريك مقدم على مصلحة عبده أو أمته.

الترجيح:

الراجح في هذه المسألة- والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الشريك لتزويج عبد الشركة أو أمتها إلا بإذن شريكه؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من الضرر على مال الشركة، وذلك أنه بالنسبة لتزويج العبد يحتاج إلى دفع مهر، وذلك من مال الشركة، فيترتب عليه إنفاق بعض مال الشركة بدون مقابل، كما أنه سيترتب عليه بعض الالتزامات المالية كالنفقة ونحو ذلك، وبالنسبة لتزويج الأمة يترتب عليه أن يكون وقتها مملوكا لزوجها، ونحو ذلك.

المبحث الثامن عشر
وطء الشريك لأمة الشركة

إذا كان مال الشركة يتضمن إماء فهل يجوز له وطء شيء منها، أولا يجوز؟.

أجمع الفقهاء على تحريم وطء الشريك لأمة الشركة.

وممن نقل هذا الإجماع ابن حزم[١] حيث قال: «واتفقوا أن وطء الأمة المشتركة لا يحل لأحد منهم ولا لجميعهم التلذذ بها ولا رؤية عورتها»[٢].

وابن قدامة حيث قال: «لا نعلم خلافا بين أهل العلم في تحريم وطء الجارية المشتركة..».

والدليل على ذلك ما يلي:

أن وطء الشريك لأمة الشركة يصادف ملك غيره من غير نكاح، ولم يحله الله -سبحانه وتعالى- من غير ملك ولا نكاح بدليل قوله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ۝٢٩ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ فَإِنَّهُمۡ غَيۡرُ مَلُومِينَ ۝٣٠ فَمَنِ ٱبۡتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡعَادُونَ ۝٣١﴾[٣].

---

(١) هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، الظاهري المذهب، يكنى بأبي محمّد، ولد سنة ٣٨٤هـ، كان ذكيا، حافظا، وكان شافعيا ثم انتقل إلى القول بالظاهر، قال صاعد بن أحمد: كان ابن حزم أجمع أهل الأندلس قاطبة لعلوم الإسلام. . له مصانفات كثيرة منها: المحلى، الإحكام في أصول الأحكام، ومراتب الإجماع، توفي سنة٤٥٦هـ. (تذكرة الحفاظ ٣/ ١١٤٦-١١٥٥، شذرات الذهب ٣/ ٢٩٩-٣٠٠)

(٢) مراتب الإجماع ص٩١.

(٣) المغني ١٢/ ٢٦٥. سورة المؤمنون الآيات (٥-٧)، سورة المعارج الآيتين (٣٠-٣١).

المبحث التاسع عشر
إقرار[1] الشريك بالدين على الشركة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: إقرار الشريك بالدين على الشركة لمن لا تقبل شهادته له.

المطلب الثاني: إقرار الشريك بالدين على الشركة لأجنبي عنه.

---

(١) الإقرار في اللغة: الاعتراف، يقال: أَقَرَّ بالشيء يُقِرُّ إقراراً: إذا اعترف به، فهو مُقِرّ، والشيء مُقَرٌّ به. (مختار الصحاح، مادة «قرر» ص٢٢١، المصباح المنير، مادة «قرر» ٢/٤٩٧، المطلع ص٤١٤).
وفي الشرع: إخبار بحق لآخر عليه. (التعريفات ص٣٣).

المطلب الأول: إقرار الشريك بالدين على الشركة لمن لا تقبل شهادته له

إذا أقّر الشريك بدين على الشركة لمن لا تقبل شهادته له كأبيه، أو ابنه، أو نحو ذلك، فهل يكون إقراره لازماً في حق بقية الشركاء، أو يعد قاصراً عليه فقط؟.

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على عدم ملكية الشريك للإقرار بالدين على الشركة لمن لا تقبل شهادته له، ومن ثمَّ لا يكون لازماً في حق بقية الشركاء، وإنما يكون قاصراً عليه، فيلزم في حقه فقط.

فقد قال بذلك الحنفية(١)، والمالكية(٢).

وهو الظاهر من مذهب الشافعية، حيث قالوا بعدم ملكية الوكيل للإقرار على موكله إلا بإذنه(٣)، وذلك مع عدم التهمة فمعها من باب أولى، فكذلك الشريك؛ لأنه وكيل عن شريكه.

كما أنه مقتضي كلام الحنابلة، حيث إن المذهب عندهم- كما سيأتي(٤) عدم ملكية الإقرار للأجني مع عدم التهمة، فمع التهمة من باب أولى.

---

(١) حاشية رد المحتار ٤/ ٣١٩.

(٢) المدونة ٥/ ٨٣، بداية المجتهد ٢/ ٢٥٦، شرح الخرشي ٦/ ٤٣، جواهر الإكليل ٢/ ١١٧.

(٣) المهذب ١/ ٣٥٨، مغني المحتاج ٢/ ٢٣٩.

(٤) ص ١٣٧.

الدليل:

يمكن الاستدلال لذلك بما يلي:

أن في إقرار الشريك لمن لا يتقبل شهادته له تهمة بمحاباته له، وميله إليه، فلا يملكها إلا بإذن شريكه.

المطلب الثاني: إقرار الشريك بدين في الشركة لأجنبي عنه

تقدم في المطلب السابق بيان اتفاق أصحاب المذاهب الأربعة على عدم ملكية الشريك للإقرار بدين لمن لا تقبل شهادة له لقرابة أو غيرها، أما إذا كان إقراره لأجنبي عنه فاختلف الفقهاء في ملكيته له على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الشريك يملك الإقرار بدين في الشركة لأجنبي، ويلزم في نصيبه ونصيب شريكه، إذا كانت الشركة لا تزال قائمة.

وبهذا قال المالكية[١]، وبعض الحنابلة[٢]، وصوّبه المرداوي وغيره[٣].

القول الثاني: أن الشريك يملك الإقرار بدين في الشركة لأجنبي في شركة المفاوضة، أما في شركة العنان فإنه إن كان الإقرار بدين في تجارتهما لزم المقر جميعه إن كان هو الذي تولى العقد، وإن

(١) المدونة ٥/ ٨٣-٨٤، شرح الخرشي ٦/ ٤٣، جواهر الإكليل ٢/ ١١٧.
(٢) المغني ٥/ ١٣٠، المبدع ٥/ ١٣، الإنصاف ٥/ ٤٢١.
(٣) الإنصاف ٥/ ٤٢١.

أقرأنهما ولياه لزمه نصفه، وإن أقر أن شريكه هو الذي وليه لم يلزمه منه شيء.

وبهذا قال الحنفية[١].

القول الثالث: أن الشريك لا يملك الإقرار بدين على الشركة، فإن فعل لزم في نصيب المُقِّر دون نصيب شريكه.

وبهذا قال أكثر الحنابلة، وهو المذهب عندهم[٢].

الأدلة:

دليل القول الأول:

يمكن الاستدلال لهذا القول بما استدل به أصحاب القول الثاني على ملكية الشريك للإقرار بدين لأجنبي في شركة المفاوضة، وهو:

أن كل واحد من الشريكين كفيل عن الأخر، فيلزم المُقر بإقراره، ويلزم شريكه بكفالته[٣].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على ملكية الشريك للإقرار لأجنبي في شركة المفاوضة بما سبق في الاستدلال لأصحاب القول الأول.

---

(١) المبسوط ١١/ ١٧٤، بدائع الصنائع ٦/ ٧٢، مجمع الضمانات ص٣٠٢، حاشية رد المحتار ٤/ ٣١٩.

(٢) المغني ٥/ ١٣٠، المبدع ٥/ ١٣، الإنصاف ٥/ ٤٢١، الإقناع ٢/ ٢٥٦.

(٣) المبسوط ١١/ ١٧٤، بدائع الصنائع ٦/ ٧٢.

ثانياً: واستدلوا على لزوم المُقر جميع ما أقربه من الدين على مال الشركة إن كان هو الذي تولى العقد في شركة العنان بما يلي:

أن حقوق العقد تتعلق بالعاقد، وكيلا كان أو مباشرا لنفسه، فيلزم ما يترتب عليه(١).

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن حقوق العقد إذا كانت تتعلق بالعاقد، فهو إنما يكون مسؤولا عن تسليم البيع واستلام الثمن، وعقده إنما هو على مال الشركة، فيكون تسليم الثمن -إذا كان دينا على الشركة فأقر به- من مال الشركة؛ لأن العقد لها.

ثالثاً: واستدلوا على لزوم المقر نصف ما أقربه من الدين على مال الشركة إذا أقرأنهما ولياه في شركة العنان بما يلي:

أن الشريك في النصف مقر على نفسه، وفي النصف الآخر على صاحبه، وبعقد الشركة لا يثبت له ولاية إلزام الدين في ذمة صاحبه بإقراره، فبطل إقراره(٢).

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه في عقد الشركة يثبت للشريك ولاية إلزام الدين في مال الشركة؛ لأنه ناتج عن التجارة به، ومن ثّم يلزم في حق الشريك.

رابعاً: واستدلوا على عدم لزوم المقر ولا شريكه شيئا إذا أمر بدين

---

(١) المبسوط ١١/ ١٧٤.

(٢) المرجع السابق.

على مال الشركة في شركة العنان وأن شريكه هو الذي ولي العقد بما يلي:

أن الشريك قد أقر على غيره، ولا ولاية له في إلزام الدين على غيره بإقراره[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الشريك في إقراره لم يلزم غيره فقط بل ألزم نفسه أيضاً، لأنه إنما أقر على مال الشركة، فيلزم الجميع، لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر.

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الشريك إنما أذن له في التجارة، وليس الإقرار داخلا فيها، فلا يملكه[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الدين الذي يقربه الشريك إنما هوناتج عن تعامل مع الآخرين بأمر من أمور التجارة من بيع، أو شراء، أو نحو ذلك، فيكون من لوازم التجارة، ومن الأمور المترتبة عليها، فيكون داخلا فيها، فيملكه الشريك.

---

(١) المبسوط ١١/ ١٧٤.

(٢) المغني ٥/ ١٣٠، المبدع ٥/ ١٣، كشاف القناع ٣/ ٥٠٢.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية الشريك للإقرار بدين في الشركة لأجنبي، وأنه يلزم في الشركة لأجنبي، وأنه يلزم في نصيبه ونصيب شريكه؛ لما استدللت به لهم، ولأن ذلك مما يحتاجه الشريك أثناء عمله، والقول بعدم اعتبار إقراره ينطوي عليه نزع الثقة بين الأطراف المتعاقدة، والشركة قائمة على ثقة كل شريك بالآخر، ولأن القول بلزومه في حق المقر دون شريكه يؤدي إلى جحد الشريك لحقوق الناس في مال الشركة؛ لأنه يعلم أنه إذا أقر بشيء فسوف يلزمه وحده الوفاء به مع أنه لازم في مال الشركة.

المبحث العشرون
سفر الشريك بمال الشركة

الغالب في الشركة أن تتخذ محلاً معيناً لمزاولة أعمالها، والغالب أن يكون محل انعقادها مقراً لها، فيمارس الشركاء فيه أعمالهم، ولكن قد يقتضي الأمر سفر أحدهم ومعه جزء من المال أو جميعه بغرض المتاجرة، فهل يملك الشريك ذلك بمطلق العقد، أو لابدّ من إذن الشركاء أو تفويضهم بذلك؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على خمسة أقوال:

القول الأول: أن الشريك يملك السفر بمال الشركة مع أمن الطريق بدون إذن شريكه، ولا يملكه مع الخوف إلا بإذن شريكه.

وبهذا قال الإمام أحمد في رواية عنه، وهو الوجه الصحيح عند أصحابه[1].

القول الثاني: أن الشريك يملك السفر بمال الشركة بدون إذن شريكهمطلقا.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة في رواية عنه، ومحمد بن الحسن[2].

به قال المالكية[3].

---

(١) المغني ٥/ ١٣٢، ١٥١، المبدع ٥/ ١١، الإنصاف ٥/ ٤١٨، الإقناع ٢/ ٢٥٥، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٢٣.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٧١، فتاوى قاضيخان ٣/ ٦١٤، الدر المختار ٤/ ٣١٧، مجمع الضمانات ص ٢٩٩.

(٣) مواهب الجليل ٥/ ١٣٤.

القول الثالث: أن الشريك لايملك السفر بمال الشركة إلا بإذن شريكه مطلقا.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة، وأبو يوسف في رواية عنهما[١].

وبه قال الشافعية[٢]، والإمام أحمد في رواية عنه، وهو وجه عند أصحابه[٣].

القول الرابع: أن الشريك يملك السفر بمال الشركة بدون إذن شريكه إذا كانت المسافة قريبة بحيث لا يغيب ليلا عن منزله، ولا يملكه إذا كانت بعيدة إلا بإذن شريكه.

وبهذا قال أبو يوسف من الحنفية في رواية عنه[٤].

القول الخامس: أن الشريك يملك السفر بمال الشركة إذا كان مما لا يحتاج إلى حمل ومؤنة بدون أذن شريكه، ولا يمكله إذا كان مما يحتاج إلى ذلك إلا بإذن شريكه.

وبهذا قال أبو يوسف من الحنفية في رواية عنه[٥].

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٧١، فتاوى قاضيخان ٣/ ٦١٤، مجمع الضمانات ص٢٩٩.

(٢) روضة الطالبين ٤/ ٢٨٣، مغني المحتاج ٢/ ٢١٤، فتح الوهاب ١/ ٢١٧، إعانة الطالبين ٣/ ١٠٦، حاشية قليوبي ٢/ ٣٣٥.

(٣) المغني ٥/ ١٣٢، المبدع ٥/ ١١، الإنصاف ٥/ ٤١٨.

(٤) بدائع الصنائع ٦/ ٧١، فتاوى قاضيخان ٣/ ٦١٤، مجمع الضمانات ص٢٩٩.

(٥) المراجع السابقة.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على ملكية السفر مع الأمن بدون إذن بما يلي:

أن الإذن المطلق للشريك بالتجارة ينصرف إلى ما جرت به العادة، وعادة التجار جارية بالتجارة سفراً وحضراً[١].

ثانياً: واستدلوا على عدمملكية السفرمع الخوف إلامع الإذن بما يلي:

أن الشريك إذا سافر بمال الشركة مع عدم أمن الطريق فإنه يكون متعدياً على مال الشركة ومفرطاً في حفظه، فلا يجوز له ذلك إلا بإذن شريكه، ويضمن إن فعل[٢].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن الإذن بالتصرف يثبت بمقتضى الشركة، وقد صدرت مطلقة عن المكان، والمطلق يجري على إطلاقه إلا بدليل، ولهذا جاز للمودع أن يسافر، على أنه- أي الشريك-في معنى المودع؛ لأنه مؤتمن على مال الشركة، كالمودَع في مال الوديعة، مع أن الشريك يملك أمراً زائداً لا يملكه المودَع، وهو التصرف، فلما ملك المودَع السفر فلأن يملكه الشريك أولى[٣].

---

(١) شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٢٣.

(٢) المرجع السابق.

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ٧١.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الإذن بالتصرف وإن كان مطلقاً إلا أن الإطلاق لا يتضمن ما فيه ضرر ظاهر على مال الشركة، وإنما هو فيما فيه مصلحة لها، وذلك لا يكون في السفر بمالها مع خوف الطريق؛ لأن الخطر ظاهر، والتعدي واضح.

٢. أن المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح بالتجارة بمالها، وعمل ما هو من عادة التجار، والربح في السفر أكثر، وهو من عادة التجار، فيملكه الشريك بدون إذن شريكه(١).

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه صحيح أن الربح في السفر قد يكون أكثر ولكن هذا مع أمن الطريق، أما مع كونه مخوفاً فاحتمال الخسارة بذهاب المال بسرقته، أو هلاكه، أو نحو ذلك أكثر، أما كونه من عادة التجار فلا يسلّم به مع خوف الطريق؛ لأنه لو أراد تاجر السفر بماله من بلدٍ إلى بلدٍ فقيل له: إن هذا الطريق مخوف، وفيه قطّاع طرق، أو هو مهلكة لا زاد فيه وهو طويل لا يمكن حمل الزاد والمؤنة التي تكفي فيه أو نحو ذلك فلا شك أنه سيحجم عن السفر مع ماله.

وإذا كان الأمر كذلك فإن الشريك لا يملك السفر مع خوف الطريق إلا بإذن شريكه.

---

(١) الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٦٠.

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن السفر فيه خطر، وتغرير بمال الشركة، فلا يملكه الإنسان بمال غيره إلا بإذنه[١].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه الكاساني بأن هذا مسلّم إذا كان الطريق مخوفا، أما إذا كان آمنا فلا خطر فيه بل هو مباح؛ لأن الله -سبحانه وتعالى- أباح الابتغاء في الأرض من فضله، ورفع الجناح عنه بقوله: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِى ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ وَٱذْكُرُواْ ٱللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿١٠﴾﴾[٢]، وبقوله: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُواْ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ..﴾[٣]. مطلقاً من غير تفصيل[٤].

دليل القول الرابع:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الشريك إذا سافر بمال الشركة سفراً قريباً بحيث يبيت في منزله في حكم المصر، فيملكه، أما إذا كان بعيداً فإنه لا يملكه؛ لما فيه من الخطر[٥].

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٧١، مغني المحتاج ٢/ ٢١٤، الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٦٠.

(٢) سورة الجمعة الآية (١٠).

(٣) سورة البقرة الآية (١٩٨).

(٤) بدائع الصنائع ٦/ ٧١.

(٥) المرجع السابق.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بما سبق من مناقشة الكاساني لدليل القول السابق.

دليل القول الخامس:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن ماله حمل من مال الشركة إذا احتاج الشريك إلى رده يلزمه مؤنة الرد، فيتضرر به، فلا يملكه الشريك إلا بإذن شريكه، أما ما لا حمل له فلا مؤنة تلزمه، فيملكه الشريك بدون إذن[١] .

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه الكاساني بأن مؤنة الرد فيما له حمل لا يعد غرامة في عادة التجار؛لأن كل مؤنة تلزم تلحق برأس المال[٢].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن الشريك يملك السفر بمال الشركة مع أمن الطريق بدون إذن شريكه، ولا يملكه من الخوف إلا بإذن شريكه؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من الجمع بين حفظ المال بعدم السفر به مع خوف الطريق وحصول الربح في مال الشركة بالسفر به مع أمن الطريق.

ويمكن حمل أدلة أصحاب القول الثاني على حال أمن الطريق، ودليل القول الثالث على حال خوف الطريق.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) بدائع الصنائع ٦/٧١.

المبحث الحادي والعشرون

خلط الشريك مال الشريك بماله

إذا أراد شريك أن يخلط جزءاً من ماله الخاص بمال الشركة ويشتري به سلعة للمتاجرة بها، فهل يصح منه هذا التصرف بمجرد انعقاد الشركة، أو لابدّ من تفويض أو إذن شريكه الآخر؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الشريك لا يملك خلط مال الشركة بماله إلا بإذن أو تفويض من شريكه.

وبهذا قال الحنفية[1]. والإمام أحمد في رواية عنه، وبها أخذ جمهور أصحابه[2].

القول الثاني: أن الشريك لا يملك خلط مال الشركة بماله إلا بإذنٍ صريحٍ من شريكه.

وهذا هو ظاهر قول الشافعية، حيث قالوا باشتراط الإذن الصريح من صاحب المال للعامل في المضاربة في خلط مال المضاربة بماله[3]، فكذلك الشريك؛ لأن المضاربة نوع من الشركة.

---

(١) النتف في الفتاوى ١/ ٥٣٨، بدائع الصنائع ٦/ ٦٩، ٧١، مجمع الضمانات ص٣٠٠، حاشية رد المحتار ٤/ ٣١٨.

(٢) المغني ٥/ ١٣٠، المبدع ٥/ ٩، الإقناع ٢/ ٢٥٥، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٢٣.

(٣) روضة الطالبين ٥/ ١٤٨.

القول الثالث: أن الشريك يملك خلط مال الشركة بماله بدون إذن شريكه(١).

وهذا هو ظاهر قول المالكية، حيث قالوا بملكية خلط عامل المضاربة لمال المضاربة بماله إذا استطاع الاتجار بالمالين، فكذلك الشريك.

وبه قال الإمام أحمد في رواية عنه، وبها أخذ بعض أصحابه(٢).

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية الخلط عند عدم الإذن أو التفويض بما يلي:

١. أن خلط الشريك مال الشركة بماله يتضمن إيجاب حقوق في المال، فلا يملكه الشريك إلا بإذنٍ أو تفويضٍ(٣).

٢. أن الشركة تنعقد على التجارة، والخلط ليس من التجارة المأذون فيها، فلا يملكه الشريك إلا بإذنٍ أو تفويضٍ(٤).

ثانياً: واستدلوا على ملكية الخلط عند التفويض بما يلي:

أن الشريك قد فوّض إلى شريكه الرأي في التصرف الذي

---

(١) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٧٦، حاشية الدسوقي ٣/ ٥٢٥.

(٢) المبدع ٥/ ٩.

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ٦٩، المغني ٥/ ١٣٠، المبدع ٥/ ٩، كشاف القناع ٣/ ٥٠١.

(٤) المغني ٥/ ١٣٠، المبدع ٥/ ٩، كشاف القناع ٣/ ٥٠١.

تقتضيه الشركة فجاز له كل تصرف يراه في مصلحتها، ومن ذلك الخلط[1].

دليل القول الثاني:

أما أصحاب القول الثاني فلم أطلع على دليلٍ لهم، ولكن يمكن الاستدلال لهم بما استدل به أصحاب القول الأول على عدم ملكية الخلط مع عدم الإذن أو التفويض.

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الشريك مأذون له في التجارة، فيدخل الخلط فيما أذن له فيه، فيملكه بدون إذن أو تفويض[2].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بدخول الخلط فيما أذن للشريك فيه؛ لأن الشركة إنما انعقدت على أن يعمل كل شريك بمال الشركة بانفراد عن ماله، ولأن الخلط يتضمن إيجاب حقوق في مال الشركة والأصل أن الشريك لا يرضى بذلك، فلابدّ من أخذ إذنه في ذلك إن لم يكن قد حصل تفويضه فيه.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة- والله أعلم بالصواب-هو القول

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٧١.

(٢) المبدع ٥/ ٩.

الأول وهو القائل بعدم ملكية الشريك لخلط مال الشركة بماله إلا بإذنٍ أو تفويضٍ من شريكه؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن في ذلك مصلحة للشركة فقد تحضر سلعة تحتاج لمبلغ من المال، ومال الشركة لا يفي بثمنها، ففي القول بعدم ملكية الخلط إلا بإذن صريح يفوّت الفرصة على الشريك في ذلك.

المبحث الثاني والعشرون
تلف مال الشركة تحت يد الشريك، وضمانه

إذا تلف مال الشركة أو شيء منه وهو في يد الشريك، فهل يضمن مطلقاً، أو أنه يُعَدُّ أميناً، فلا يضمن إلا بتعد أو تفريط؟.

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن الشريك يُعَدُّ أميناً على ما تحت يده من مال الشركة، فإن فرط أو تعدى في أي تصرف لا يملكه من التصرفات السابقة أو غيرها ضمن لشريكه ما يترتب عليه، وإن لم يتعد ولم يفرط فإنه لا يضمن.

فقد قال بذلك الحنفية(١)، والمالكية(٢).

والشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

١. أن الشريك قد قبض مال الشركة بإذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة، فصار أمانة في يده، كالوديعة(٥).

---

(١) الهداية ٣/ ١٠، مجمع الضمانات ص٢٩٨، مجمع الأنهر ١/ ٧٢٣، اللباب ٢/ ١٢٧.

(٢) أصول الفتيا ص٣٩٣، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٨٤، شرح الخرشي ٦/ ٤٦.

(٣) المهذب ١/ ٣٥٤، روضة الطالبين ٤/ ٢٨٦، مغني المحتاج ٢/ ٢١٦، أسنى المطالب ٢/ ٢٥٨.

(٤) الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٥٩، المبدع ٥/ ١٧، الإقناع ٢/ ٢٥٨.

(٥) الهداية ٣/ ١٠، مجمع الأنهر ١/ ٧٢٣.

٢.أن يد الشريك يد أمانة قياساً على المودَع، والوكيل[1].

٣.أن كل واحد من الشريكين بتفويض المال إلى صاحبه قد أمنه عليه، فيكون أمانة في يده، فلا يضمن إلا بتعدٍ أو تفريطٍ[2].

(١) مغني المحتاج ٢/٢١٦.
(٢) الكافي لابن قدامة ٢/٢٥٩.

الفصل الثاني

تصرفات المضارب في مال المضاربة[(١)]

وفيه تسعة عشر مبحثاً:

المبحث الأول: بيع مال المضاربة، والشراء لها.

المبحث الثاني: إقراض المضارب مال المضاربة.

المبحث الثالث: استدانة المضارب على مال المضاربة.

المبحث الرابع: رهن المضار مال المضاربة، وأخذه للرهن عليه.

المبحث الخامس: أخذ المضارب بمال المضاربة سفتجة، وإعطاؤه لها.

المبحث السادس: توكيل المضارب غيره على مال المضاربة.

المبحث السابع: مشاركة المضارب بمال المضاربة.

المبحث الثامن: دفع المضارب مال المضاربة إلى غيره مضاربة.

المبحث التاسع: إبضاع المضارب مال المضاربة.

المبحث العاشر: استئجار المضارب مال للمضاربة.

المبحث الحادي عشر: إيداع المضارب مال المضاربة.

المبحث الثاني عشر: تبرع المضارب بمال المضاربة.

المبحث الثالث عشر: إعتاق المضارب لعبد المضاربة أو أمتها.

---

(١) سبق تعريف المضاربة في اللغة والشرع ص٦١.

المبحث الرابع عشر: مكاتبة المضارب لعبد المضاربة أو أمتها.

المبحث الخامس عشر: تزويج المضارب لعبد المضاربة أو أمتها.

المبحث السادس عشر: وطء المضارب لأمة المضاربة.

المبحث السابع عشر: نفقة المضارب على نفسه من مال المضاربة.

المبحث الثامن عشر: خلط المضارب مال المضارب بغيره.

المبحث التاسع عشر: تلف مال المضاربة تحت يد المضارب، وضمانه.

المبحث الأول

بيع المضارب مال المضاربة، والشراء لها

وفيه أربعة عشر مطلباً:

المطلب الأول: بيع مال المضاربة نسيئة.

المطلب الثاني: الشراء للمضاربة نسيئة.

المطلب الثالث: بيع المضارب بغبن فاحش.

المطلب الرابع: شراء المضارب بغبن فاحش.

المطلب الخامس: حكم بيع المضارب وشرائه إذا كانا بغبن فاحش عند القائلين بعدم ملكيته لذلك.

المطلب السادس: بيع المضارب وشراؤه بالعرض.

المطلب السابع: بيع المضارب على مال المضارب، وشراؤه منه.

المطلب الثامن: بيع المضارب وشراؤه للمضاربة من أقاربه.

المطلب التاسع: بيع المضارب على رب المال، وشراؤه منه.

المطلب العاشر: بيع المضارب بغير نقد البلد.

المطلب الحادي عشر: شراء المضارب للمعيب، ورده له.

المطلب الثاني عشر: شراء المضارب وبيعه للمحرمات.

المطلب الثالث عشر: شراء المضارب ومن يعتق على رب المال.

المطلب الرابع عشر: شراء المضارب من يعتق عليه.

المطلب الأول: بيع المضارب مال المضارب نسيئة

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن المضارب يملك بيع مال المضاربة نقداً؛ لأن المضاربة قد انعقدت بقصد التجارة وطلب الربح، والبيع نقداً من أهم وسائل التجارة.

فقد قال بذلك الحنفية[(١)]، والمالكية[(٢)].

والشافعية[(٣)]، والحنابلة[(٤)].

وقد نقل ابن قدامة الاتفاق على ذلك حيث قال: «..وإن أطلق فلا خلاف في جواز البيع حالاً»[(٥)].

أما البيع نسيئة فإن كان قد نهاه رب المال عنه فإنه لا يملكه؛ لأنه عامل له فيتقيد بما يقيد به، وإن لم ينهه فقد اختلفوا على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المضارب يملك البيع نسيئة مطلقاً.

وبهذا قال الحنفية[(٦)]، وهو رواية عن الإمام أحمد، وأخذ بها بعض أصحابه[(٧)].

---

(١) النتف في الفتاوى ١/ ٥٣٧، ٥٤٢، بدائع الصنائع ٦/ ٨٧، كشف الحقائق ٢/ ١٣٥.

(٢) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٧٣.

(٣) تكملة المجموع ١٤/ ٣٧١.

(٤) المحرر ١/ ٣٥١، الفروع ٤/ ٣٨٢.

(٥) المغني ٥/ ١٥٠.

(٦) الحجة على أهل المدينة ٣/ ٢٨-٢٩، المبسوط ٢٢/ ٣٨، بدائع الصنائع ٦/ ٨٧، الهداية ٣/ ٢١٠، مجمع الضمانات ص٣٠٥، الفتاوى الهندية ٤/ ٢٩٢.

(٧) مختصر الخرقي ص١٢٦، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٣٨٩، المغني ٥/ ١٤٩-١٥٠، المحرر ١/ ٣٥٠.

القول الثاني: أن المضارب لا يملك البيع نسيئة إلا بإذن صريح من رب المال.

وبهذا قال المالكية[(١)].

والشافعية[(٢)]، وهو رواية عن الإمام أحمد[(٣)].

القول الثالث: أن المضارب لا يملك البيع نسيئة إلا بإذن رب المال، أو تفويضه.

وبهذا قال بعض الحنابلة[(٤)].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن رب المال قد أذن للمضارب بالتجارة في مال المضاربة، والبيع نسيئة يعد من التجارة المطلقة، ومن عادة التجار، بدليل قول الله -سبحانه وتعالى-: ﴿..إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ..﴾[(٥)] الآية، فيفهم من هذه الآية الكريمة أن

---

(١) المدونة ٥/ ١١٦، أصول الفتيا ص١٥٣، الإشراف ٢/ ٥٨، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٧٣، المنتقي شرح موطأ الإمام مالك ٥/ ١٧٥.

(٢) مختصر المزني مع الأم ٨/ ٢٢١، الوجيز ١/ ٢٢٣، الإقناع للماوردي ص١٠٩، المهذب ١/ ٣٩٤، حلية العلماء ٥/ ٣٤٠، روضة الطالبين ٥/ ١٢٧، مغني المحتاج ١/ ٥٧٥.

(٣) مختصر الخرقي ص١٢٦، الروايتين والوجهين ١/ ٣٨٩، المغني ٥/ ١٤٩-١٥٠.

(٤) المغني ٥/ ١٤٩-١٥٠.

(٥) سورة البقرة الآية (٢٨٢).

التجارة قد تكون غائبة، وليس ذلك إلا بالبيع بالنسيئة[1].

٢.أن المقصود من المضاربة هو تحصيل الربح، وهو في البيع بالنسيئة أكثر؛ لأن الربح في الغالب إنما يحصل في البيع بالنسيئة أكثر من النقد[2].

٣.قياس المضارب على الوكيل، وذلك أن الوكيل يملك البيع نقداً ونسيئة فالمضارب أولى؛ لأن المضاربة أعم من الوكالة[3].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن الوكيل يملك البيع نسيئة، بل الراجح أنه لا يملك ذلك إلا بإذن الموكل كما سيأتي[4] -إن شاء الله-.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١.أن المضارب نائب في البيع، فلم يجز له البيع نسيئة بغير إذن صريح، كالوكيل؛ لأن النائب لا يجوز له التصرف إلا على وجه الحظ والاحتياط، وفي النسيئة تغرير بالمال، وقرينة الحال تفيد مطلق الكلام، فيصير كأنه قال: بعه حالاً[5].

---

(١) المبسوط ٢٢/ ٣٨، الهداية ٣/ ٢١٠، المغني ٥/ ١٥٠.
(٢) الحجة على أهل المدينة ٣/ ٢٩، المبسوط ٢٢/ ٣٨، مجمع الأنهر ٢/ ٣٢٦، المغني ٥/ ١٥٠.
(٣) بدائع الصنائع ٦/ ٨٧، الفتاوى البزازية ٦/ ٧٩.
(٤) ص٤٢٨.
(٥) المهذب ١/ ٣٩٤، المغني ٥/ ١٥٠.

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة بأنه قياس مع الفارق؛ لأن هناك فرقاً بين الوكالة المطلقة والمضاربة، فالوكالة المطلقة لا تختص بقصد الربح، وإنما المقصود تحصيل الثمن فحسب، فإذا أمكن تحصيله من غير خطر كان أولى، وكذلك فإن الوكالة المطلقة في البيع تدل على أن حاجة الموكل إلى الثمن ناجزة، فلم يجز تأخيره بخلاف المضاربة[1].

٢. أن عقد المضاربة عقد يقتضي الأمر بالبيع والشراء، فلم يقتض مطلقه الأجل، كالوكالة بالبيع والشراء[2].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بما تقدم من مناقشة الدليل السابق.

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم جواز البيع نسيئة إلا بإذن رب المال بما استدل به أصحاب القول الثاني، وقد سبقت مناقشته.

ثانياً: واستدلوا على جواز البيع نسيئة عند التفويض بما يلي:

أن البيع نسيئة داخل في عموم لفظ رب المال عند التفويض، وقرينة حاله تدل على رضاه برأيه في صفات البيع، وفي أنواع التجارة، وهذا منها[3].

---

(١) المغني ٥/ ١٥٠.

(٢) المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ٥/ ١٧٥.

(٣) المغني ٥/ ١٥٠.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية المضارب للبيع نسيئة مطلقاً؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن المقصود من عقد المضاربة تحقيق الربح وهو سبب له، فيكون داخلاً تحت إطلاق العقد، فيملكه المضارب.

ولكن يجب أن يكون ذلك بحدود ما هو متعارف عليه بين التجار، وأن يكون على من يعرف منه الثقة، وحسن الوفاء، وعدم المماطلة عند التسديد حفاظاً على مال المضاربة من الضياع.

المطلب الثاني: شراء المضارب للمضاربة نسيئة

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن المضارب يملك الشراء للمضاربة نقداً؛ لأن المضاربة قد انعقدت بقصد التجارة وتحصيل الربح، والشراء نقداً من أهل وسائل التجارة.

فقد قال بذلك الحنفية(١)، والمالكية(٢).

والشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

أما الشراء نسيئة فإن كان قد نهاه عنه فإنه لا يملكه؛ لأنه عامل له فيجب عليه التقيد بما يقيده، أما إذا لم ينهه فاختلفوا فيه على ثلاثة أقوال:

---

(١) النتف في الفتاوى ١/ ٥٣٧، ٥٤٢، الهداية ٣/ ٢١٠.

(٢) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٧٣.

(٣) تكملة المجموع ١٤/ ٣٧١.

(٤) المغني ٥/ ١٢٩، المحرر ١/ ٣٥١.

القول الأول: أن المضارب يملك الشراء نسيئة مطلقاً.

وبهذا قال الحنفية[(١)]، وهو الظاهر من قول الحنابلة، حيث قالوا بملكية الشريك للشراء نسيئة إذا كان الثمن عنده كما سبق[(٢)]، فكذلك عامل المضاربة؛ لأنه شريك.

القول الثاني: أن المضارب لا يملك الشراء نسيئة إلا بإذن شريكه.

وبهذا قال الشافعية[(٣)].

القول الثالث: أن المضارب لا يملك الشراء نسيئة ولو أذن له شريكه.

وبهذا قال المالكية، حيث قال الخرشي[(٤)]: «تقدم أن العامل يجوز له أن يبيع بنسيئة إذا أذن له رب المال وذكر هنا أنه لا يجوز له أن يشتري بها ولو أذن له رب المال في ذلك»[(٥)].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن المضاربة قد انعقدت على عمل ما هو من عادة التجار، والشراء نسيئة من عملهم، فينتظمه إطلاق العقد، فيملكه المضارب[(٦)].

---

(١) الهداية ٣/ ٢١٠.

(٢) ص٦٦.

(٣) الوجيز ١/ ٢٢٣، روضة الطالبين ٥/ ١٢٧، مغني المحتاج ٢/ ٣١٥.

(٤) هو محمّد بن عبدالله الخرشي، البجيري، المصري، يكنى بأبي عبدالله، أول من تولى مشيخة الأزهر، فقيه، أصولي، متكلم نحوي، محدّث، له مؤلفات منها: منح الجليل على مختصر العلامة خليل، الدرر السنية لحل الألفاظ الأجرومية، توفي بالقاهرة سنة ١١٠١هـ. (الأعلام ٦/ ٢٤٠، معجم المؤلفين ١٠/ ٢١٠-٢١١).

(٥) شرح الخرشي ٦/ ٢١٦.

(٦) الهداية ٣/ ٣١٠.

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن في الشراء نسيئة غررا وضررا؛ لأنه ربما يهلك رأس المال فتبقى العهدة متعلقة بالمال، فيتضرر(١).

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن حصول الضرر بضياع رأس المال قبل الوفاء أمر نادر الوقوع فلا يصلح مقيّداً لمطلق الإذن، كما أن التجارة على وجه العموم -والمضاربة منها- مبنية على تعرض المال للربح والخسارة، فيكون الشراء نسيئة داخلاً تحت إطلاق المضاربة مع ما فيه من احتمال الدين؛ لأن في الشراء نسيئة منافع لرب المال والمضارب، كما أن فيه مضاراً لهما، فطالما أن رب المال أطلق العقد ولم ينه عن الشراء نسيئة كانت قرينة على أنه قد تحمل ما قد يحصل من ضرر، رغبة في الحصول على منافع شراء النسيئة.

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

ما رواه عبدالله(٢) بن عمرو بن العاص -رضي الله عنهما- قال: قال

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ٣١٥.

(٢) هو عبدالله بن عمر وبن العاص بن وائل بن هاشم القرشي، السهمي، يكنى بأبي محمد، يقال: كان اسمه العاص فغيّره النبي ﷺ، أكثر من الحديث عن رسول الله ﷺ كان يواصل قيام الليل وصيام النهار فنهاه النبي ﷺ وأمره بصيام يوم بعد يوم وقراءة القرآن في كل ثلاث، توفي سنة ٦٥ هـ بالشام، وقيل بمكة، وقيل بمصر، وقيل غير ذلك. (طبقات ابن سعد ٤/ ٢٦١، أسد الغابة ٣/ ٢٣٣-٢٣٥، الإصابة ٤/ ١١٢).

رسول الله ﷺ: (لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم تضمن، ولا بيع ما ليس عندك»[١].

الشاهد من الحديث قوله: «ولا ربح ما لم تضمن».

وجه الاستدلال:

أن النبي ﷺ نهى في هذا الحديث عن ربح ما لم يضمن، والضمان في الشراء بالنسيئة إنما يكون على العامل وحده، فيترتب على ذلك ربح رب المال لشيء لم يضمنه، فلا يصح[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن الضمان في البيع نسيئة في المضاربة لا يكون من ضمان العامل وحده، بل يكون مضموناً على مال الشركة، فيكون الضمان مشتركاً بين العامل ورب المال، فلا يتطرق إليه النهي الوارد في الحديث.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو

---

(١) رواه أبو داود في كتاب البيوع -باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ٣/ ٢٨٣، حديث رقم ٣٥٠٤ واللفظ له، وسكت عنه. والترمذي في كتاب البيوع -باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ٢/ ٣٥١، حديث رقم ١٢٥٢، وقال: «وهذا حديث حسن صحيح». والنسائي في كتاب البيوع -باب شرطان في بيع ٧/ ٢٩٥، حديث رقم ٤٦٣٠. وابن ماجه في كتاب التجارات -باب النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن ٢/ ٧٣٧-٧٣٨، حديث رقم ٢١٨٨. والحاكم في كتاب البيوع ٢/ ١٧. وقال الحاكم: «هذا الحديث على شرط جملة من المسلمين صحيح». ووافقه الذهبي في تلخيصه.

(٢) شرح الخرشي ٦/ ٢١٦، حاشية الدسوقي ٣/ ٥٢٨.

القول الأول القائل بأن المضارب يملك الشراء نسيئة ولو بدون إذن شريكه؛ لقوة ما استدلوا به، ولما فيه من تحقيق المصلحة للمضاربة، فقد تعرض للمضارب سلعة يتضح له أن فيها ربحاً وفيراً، ولا يكون معه ما يفي بثمنها حال عروضها له، فتكون المصلحة في شرائها نسيئة وتأجيل الثمن إلى حين الوصول إلى مقر المضاربة التي فيها أموالها، أو إلى الأجل الذي يتفقان عليه.

المطلب الثالث: بيع المضارب بغبن فاحش

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على أنه يجب على المضارب أن يبيع مال المضاربة بثمن المثل فأكثر، وعلى أنه يمكن بيعه بغبن يسير.

فقد قال بذلك الحنفية[١].

وهو الظاهر من قول المالكية، حيث قال ابن عبدالبر: «ولا يجوز للعامل أن يحابي في المال، ولا أن يصنع به معروفاً..»[٢]، والبيع بغبن فاحش فيه محاباة ظاهرة.

وبه قال الشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

---

(١) فتاوى قاضيخان ٣/ ١٦٦، الفتاوى البزازية ٦/ ٨١.

(٢) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٧٣.

(٣) الوجيز ١/ ٢٢٣، المهذب ١/ ٢٣٩٤، مغني المحتاج ٢/ ٣١٥، فتح الوهاب ١/ ٢٤٢، فتح الجواد ١/ ٥٧٥.

(٤) المغني ٥/ ١٥٣، الإقناع ٢/ ٢٤١.

الأدلة:

استدلوا على ذلك بما يلي:

أولاً: استدلوا على وجوب بيع المضارب بثمن المثل أو أكثر بما يلي:

١. أن المقصود من المضاربة تحصيل الربح، وهذا إنما يكون بالبيع بثمن المثل فأكثر(١).

٢. أن المضارب وكيل عن رب المال في مال المضاربة، فيلزمه البيع بثمن المثل فأكثر(٢).

ثانياً: واستدلوا على ملكية المضارب للبيع بغبن يسير بما يلي:

أن البيع بغبن يسير يكثر وقوعه، ويصعب التحرز منه، فيملكه المضارب(٣). ولكنهم اختلفوا في ملكية المضارب لبيع مال المضاربة بغبن فاحش، وذلك على قولين:

القول الأول: أن المضارب لا يملك بيع مال المضاربة بغبن فاحش إلا بإذن رب المال.

وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة(٤).

وهو الظاهر من قول المالكية كما تقدم في كلام ابن

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٨٧.
(٢) المرجع السابق.
(٣) المغني ٥/ ١٥٣.
(٤) بدائع الصنائع ٦/ ٨٧، فتاوى قاضيخان ٣/ ١٦٦، الفتاوى البزازية ٦/ ٨١.

عبدالبر، ولأنهم قالوا بعدم ملكية الوكيل لذلك[1]، والمضارب إنما هو وكيل لرب المال.

وبه قال الشافعية[2]، والحنابلة[3].

القول الثاني: أن المضارب يملك بيع مال المضاربة بغبن فاحش إذا فوّض رب المال التصرف إليه.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة[4].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن المضارب وكيل رب المال في مال المضاربة، فلا يملك التصرف فيه إلا على وجه النظر والاحتياط، والغبن الفاحش ليس فيه نظر ولا احتياط، فلا يملكه إلا بإذن رب المال[5].

٢. أن الغبن الفاحش تبرع، والمضارب مأمور بالتجارة لا بالتبرع؛ لأنها هي المقصود بعقد المضاربة، فلا يملكه إلا بإذن رب المال[6].

---

(١) القوانين الفقهية ص٣٣٣، فتح العلي المالك ٢/ ٣٢٧.

(٢) الوجيز ١/ ٢٢٣، المهذب ١/ ٣٩٤، مغني المحتاج ٢/ ٣١٥. نهاية المحتاج ٥/ ٢٣١، إعانة الطالبين ٣/ ١٠٢.

(٣) المغني ٥/ ١٥٣-١٥٤، المحرر ١/ ٣٥٠، الإقناع ٢/ ٢٤٠.

(٤) بدائع الصنائع ٦/ ٨٧، فتاوى قاضيخان ٣/ ١٦٦، الفتاوى البزازية ٦/ ٨١.

(٥) المهذب ١/ ٣٩٤.

(٦) فتاوى قاضيخان ٣/ ١٦٦، الفتاوى البزازية ٦/ ٨١.

٣.أن في بيع المضارب بغبن فاحش ضررا برب المال، فلا يملكه إلا بإذنه[1].

دليل القول الثاني:

استدل لصاحب هذا القول بما يلي:

قياس المضارب على الوكيل، فكما أن الوكيل بالبيع يملك البيع بغبن فاحش فكذلك يملكه المضارب إذا فوّض رب المال التصرف إليه، بل المضارب أولى؛ لأن المضاربة أعم من الوكالة[2].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته من وجهين:

الوجه الأول: لا نسلّم بملكية الوكيل في البيع للبيع بغبن فاحش بدون إذن الموكل بل الراجح عدم ملكيته له كما سيأتي -كما سيأتي إن شاء الله-

الوجه الثاني: على تقدير التسليم بذلك فإنه قياس مع الفارق؛ لأن الموكل في بيع شيء قد يكون أراد التخلص من تلك العين، أو أن حاجته ماسّة إلى قيمتها، فطالما أنه لم يقيد الوكيل ببيعها بثمن معين أو بثمن المثل يكون قد تنازل عن حقه وتسامح فيما قد يحصل من فرق السعر، وهذا بخلاف رب المال في المضاربة، فإنه إنما يدفع ماله مضاربة

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ٣١٥.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٨٧.

من أجل تحقيق الربح، فدلالة الحال تدل على أنه لا يتسامح في البيع بالغبن الفاحش؛ لأنه ينافي مقصوده.

الترجيح:

والذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية المضارب ببيع مال المضاربة بغبن فاحش إلا بإذن رب المال؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن الهدف من المضاربة هو الحصول على الربح، فوجب على المضارب مراعاة المصلحة في بيعه لمال المضاربة بما يحقق أكبر قدر من الربح، وهذا لا يحصل إذا تهاون وفرط بأموال المضاربة ببيعها بالغبن الفاحش.

المطلب الرابع: شراء المضارب بغبن فاحش

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن شراء المضارب يجب أنه يكون على وجه المعروف، فيشتري بثمن المثل فأقل، وعلى أنه يملك الشراء بغبن يسير، ولا يملك الشراء بغبن فاحش.

فقد قال بذلك الحنفية[(١)].

وهو الظاهر من قول المالكية كما سبق[(٢)] في كلام ابن عبدالبر في مسألة البيع، ولأنهم قالوا بعدم ملكية الوكيل لذلك، فكذلك المضارب؛ لأنه وكيل عن رب المال في مال المضاربة.

---

(١) فتاوى قاضيخان ٣/ ١٦٦، الفتاوى البزازية ٦/ ٨١.

(٢) ص١٦٤.

وبه قال الشافعية[١]، والحنابلة[٢].

واستدلوا على ذلك بما استدل به أصحاب القول الأول في المسالة السابقة[٣] مسألة بيع المضارب بغبن فاحش.

المطلب الخامس: حكم بيع المضارب وشرائه إذا كانا بغبن فاحش عند القائلين بعدم ملكيته لذلك

اختلف من قال من الفقهاء في المطلبين السابقين بأن المضارب لا يملك البيع والشراء نسيئة في الحكم إذا فعل المضارب ذلك هل يصح، أو لا؟ وهل يضمن المضارب شيئاً عند من قال بالصحة، أو لا؟ وذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن البيع والشراء يصحان، ويضمن المضارب قيمة ما حصل من الغبن.

وبهذا قال الإمام أحمد في رواية عنه، وبها أخذ بعض أصحابه[٤].

القول الثاني: أن البيع والشراء باطلان، فإن أمكن الرد وجب إن كان المبيع باقياً، أو قيمته إن كان تالفاً، وأن تعذر ضمن

---

(١) الوجيز ١/ ٢٢٣، المهذب ١/ ٣٩٤، مغني المحتاج ٢/ ٣١٥، إعانة الطالبين ٣/ ١٠٢، فتح الوهاب ١/ ٢٤٢.

(٢) المغني ٥/ ١٥٣.

(٣) ص ١٦٦-١٦٧.

(٤) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٣٩٠، المغني ٥/ ١٥٣، كشاف القناع ٣/ ٤٧٥، ٥١٣.

المضارب النقص.

وبهذا قال الشافعية[١]، وهو رواية عن الإمام أحمد، وبها أخذ بعض أصحابه[٢].

القول الثالث: أن البيع والشراء صحيحان، ولكن يضمن المضارب النقص في البيع، ويلزم المضارب وحده الشراء.

وهذا هو الظاهر من قول من قال بعدم ملكية المضارب للبيع والشراء بغبن فاحش من الحنفية، حيث جاء في الفتاوى البزازية: «وإن اشترى بما لا يتغابن الناس فيه لا يلزم رب المال وإن قال: اعمل برأيك»[٣].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بمايلي:

أن الضرر الحاصل بسبب الغبن الفاحش ينجبر بضمان النقص، فيصح البيع والشراء، ويضمن المضارب النقض لتعديه[٤].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن بيع وشراء المضارب بغبن فاحش بيع وشراء لم يؤذن له فيه،

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ٣١٥، إعانة الطالبين ٣/ ١٠٢، تكملة المجموع ١٤/ ٣٨٠.

(٢) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٣٩٠، المغني ٥/ ١٥٣.

(٣) الفتاوى البزازية ٦/ ٨١.

(٤) المغني ٥/ ١٥٣.

فيبطل كبيع وشراء الأجنبي[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه قياس مع الفارق؛ لأن هناك فرقاً بين المضارب والأجنبي، فالمضارب قد أذن له رب المال بعقد المضاربة بالاتجار بالمال، بخلاف الأجنبي فلم يؤذن له بالتصرف في مال المضاربة مطلقاً.

أدلة القول الثالث:

أما أصحاب القول الثالث فالظاهر أنهم يستدلون على صحة البيع وضمان المضارب للنقص بما استدل به أصحاب القول الأول.

وأما صحة الشراء ولزومه للمضارب وحده فاستدلوا له بما يلي:

أن الشراء بغبن فاحش تبرع من المضارب، والتبرع يلزم المضارب دون رب المال[2].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن التبرع ليس في جميع الثمن وإنما هو فيما زاد عن قيمة المثل، فيكون الضمان مختصاً به، ويصح الشراء.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بصحة بيع المضارب وشرائه بغبن فاحش ولكنه يضمن قيمة ما حصل بالغبن؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن أصل الإذن

---

(١) المرجع السابق.

(٢) الفتاوى البزازية ٦/ ٨١.

بالبيع والشراء متوفر وإنما حصل التعدي في مقدار الثمن، فيصح العقد، ويضمن المتعدي وهو المضارب ما حصل بسبب تعديه.

المطلب السادس: بيع المضارب وشراؤه بالعَرْض

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن المضارب يملك بيع مال المضاربة بالعرض بأن يبيع سلعة من سلعها مقابل سلعة أخرى كسيارة مقابل عدد من أكياس الأرز، وأنه يملك الشراء لها بالعرض بأن يشتري سلعة مقابل سلعة من سلع المضاربة كأكياس أرز مقابل سيارة، أو نحو ذلك.

فقد قال بذلك الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3].

والحنابلة حيث قال ابن قدامة: «وهل له أن يبيع ويشتري بغير نقد البلد؟ على روايتين (الأولى) جوازها إذا رأى المصلحة فيه والربح حاصل به كما يجوز أن يبيع عرضاً بعرض ويشتري به..»[4].

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

١. أن المقصود بالمضاربة تحصيل الربح، والبيع بعرض طريق إليه بل

---

(١) النتف في الفتاوى ١/ ٥٣٧ مع ص٥٤٢، بدائع الصنائع ٦/ ٩٠.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٥٢٤، شرح الخرشي ٦/ ٢٤٢، جواهر الإكليل ٢/ ١٧٣، شرح منح الجليل ٣/ ٦٧٨.

(٣) الوجيز ١/ ٢٢٣، روضة الطالبين ٥/ ١٢٧، مغني المحتاج ٢/ ٣١٦، أسنى المطالب ٢/ ٣٨٥، فتح الوهاب ١/ ٤٢٤، إعانة الطالبين ٣/ ١٠٢.

(٤) المغني ٥/ ١٥٤.

قد يكون متيقناًفيه، فيملكه المضارب[1].

٢.أن المضارب شريك لرب المال، والشريك يملك البيع بالعرض[2].

كما يمكن الاستدلال بما يلي:

أن المضاربة قد انعقدت على عمل ما هو من عادة التجار، والبيع بالعرض من عادتهم فيملكه المضارب بدون إذن رب المال.

المطلب السابع: بيع المضارب على مال المضاربة، وشراؤه منه

إذا كان عند المضارب سلعة فأراد بيعها على مال المضاربة، أو كان في مال المضاربة سلعة يرغب المضارب في شرائها لنفسه، فهل له ذلك بدون إذن رب المال، أو لا بُدَّ من إذنه؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة اقوال:

القول الأول: أن المضارب لا يملك البيع على مال المضاربة ولا الشراء منه إذا كان قد ظهر في المال ربح، أما إذا لم يظهر فإنه يملكه ذلك.

وبهذا قال الإمام أحمد، وجمهور أصحابه، وهو الصحيح عندهم[3].

القول الثاني: أن المضارب يملك البيع على مال المضاربة والشراء منه مطلقاً.

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ٣١٦، نهاية المحتاج ٥/ ٢٣٢، أسنى المطالب ٢/ ٣٨٥.

(٢) الشرح الكبير للدردير، وحاشية الدسوقي عليه ٣/ ٥٢٤، شرح الخرشي ٦/ ٢٤٢.

(٣) المغني ٥/ ١٧٢، الفروع ٤/ ٣٩٢، المبدع ٥/ ٢٧، مغني ذوي الأفهام ص١٢٨، الإقناع ٢/ ١٦٣، شرح منتهى الإدارات ٢/ ٢٣١.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة، وصاحباه أبو يوسف ومحمد بن الحسن[(١)].

وهو الظاهر من قول المالكية حيث قالوا بجواز شراء المضارب لنفسه شيئاً من المالك.

قال الدردير[(٢)]: «وأما شراؤه لنفسه فجائز»[(٣)].

وبه قال الشافعية[(٤)]، وبعض الحنابلة[(٥)].

القول الثالث: أن المضارب لا يملك البيع على مال المضاربة ولا الشراء مطلقاً.

وبهذا قال زفر[(٦)] من الحنفية[(٧)].

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ١٠١.

(٢) هو أحمد بن محمّد بن أبي حامد العدوي، المالكي، الأزهري، الشهري بالدردير، أبو البركات، ولد في بني عدي بمصر، وتعلم بالأزهر، وتولى الإفتاء بمصر، له مؤلفات منها: الشرح الكبير، والشرح الصغير وهما شرحان للمختصر المشهور عنه المالكية بمختصر خليل، وأقرب المسالك لمذهب مالك، توفي بالقاهرة سنة ١٢٠١ هـ. (الأعلام ١/ ٢٤٤، معجم المؤلفين ٢/ ٦٧).

(٣) الشرح الكبير ٣/ ٥٢٨.

(٤) نهاية المحتاج ٥/ ٢٣٣.

(٥) المبدع ٥/ ٢٧، الإنصاف ٥/ ٤٣٩.

(٦) هو زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري، من كبار أصحاب أبي حنيفة، ولد سنة ١١٠هـ، قال فيه الإمام أبو حنيفة: هو أقيس أصحابي، وقال فيه أيضاً: إمام من أئمة المسلمين، وعلم من أعلامهم في شرفه وحسبه وعلمه، تولى قضاء البصرة، وتوفي سنة ١٥٨ هـ. (طبقات ابن سعد ٦/ ٣٨٧-٣٨٨، الجواهر المضية ٢/ ٢٠٧-٢٠٩، الطبقات السنية ٣/ ٢٥٤-٢٥٨).

(٧) بدائع الصنائع ٦/ ١٠١.

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن مال المضاربة ملك لغير المضارب، فصح بيعه عليه شراؤه له، كما لو باع الوكيل أو اشترى من موكله، وإنما يكون شريكاً لرب المال إذا ظهر ربح؛ لأنه إنما يشاركه في الربح، لا في أصل المال[1].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن لرب المال في مال المضاربة ملك رقبة لا ملك تصرف، وملكه في حق التصرف كملك الأجنبي، وللمضارب فيه ملك التصرف لا الرقبة، فكان في حق ملك الرقبة كملك الأجنبي حتى لا يملك رب المال منعه عن التصرف فكان مال المضاربة في حق كل منهما كمال الأجنبي، لذلك جاز البيع والشراء بينهما[2].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأنه ليس للمضارب إلا ملك التصرف مطلقاً، بل إنه يشارك رب المال في ملكية الربح بعد ظهوره، فلا يكون كالأجنبي في ملك الرقبة، فلا يصح بيعه له وشراؤه منه حينئذ.

---

(١) المغني ٥/ ١٧٢-١٧٣٤، المبدع ٥/ ٢٧.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ١٠١.

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن بيع المضارب على مال المضاربة بيع لماله، وشراءه منه شراء لماله بماله، فلا يملكها[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن هذا غير وارد قبل ظهور الربح؛ لأن المال جميعه ملك لربه، فبيع المضارب له وشراؤه منه بيع على مال غيره شراء من مال غيره، فيملكها.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية بيع المضارب على مال المضاربة وشرائه منه إذا كان قد ظهر في المال ربح، أما إذا لم يظهر فإنه يملكها؛ لقوة ما استدلوا به، ولأنه يحصل بذلك التوفيق بين دليلي أصحاب القولين الثاني والثالث، وذلك بحمل دليل أصحاب القول الثاني على ما إذا لم يظهر في المال ربح، وحمل دليل أصحاب القول الثالث على ما إذا ظهر فيه ربح.

المطلب الثامن: بيع المضارب وشراؤه للمضاربة من أقاربه

إذا رغب أحد من أقارب المضارب في شراء سلعة من سلع المضاربة،

---

(١) المرجع السابق.

أو كان عنده سلعة فأراد المضارب أن يشتريها للمضاربة، فهل يملك المضارب البيع وعليه والشراء منه كالأجنبي، أولاً؛ لأن التهمة تلحقه في ذلك؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المضارب لا يملك البيع على أقاربه ولا الشراء منهم إلا إذا كان بالقيمة، ولا يملك ذلك إذا كان بغبنٍ مطلقاً.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة[١].

وهو الظاهر من قول المالكية، حيث قال ابن عبدالبر: «ولا يجوز للعامل أن يحابي في المال، ولا يصنع منه معروفاً، ولا يكافىء منه أحداً على هدية أو غيرها»[٢] والبيع والشراء بالقيمة ليس فيها محاباة فيملكهما.

ولأنهم قالوا بملكية الوكيل للبيع على أقاربه كزوجته إذا لم يحاب[٣]. والمضارب وكيل عن رب المال.

وهو الظاهر من أحد الوجهين عند الشافعية، حيث قالوا بملكية الوكيل للبيع على أقاربه في أحد الوجهين عندهم[٤]، والمضارب وكيل عن رب المال.

---

(١) المبسوط ٢٢/ ٥٧، مجمع الضمانات ص٣١٢، الفتاوى الهندية ٤/ ٢٩٤.

(٢) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٧٣.

(٣) جواهر الإكليل ٢/ ١٢٨.

(٤) المهذب ١/ ٣٥٩، حلية العلماء ٥/ ١٢٧.

القول الثاني: أن المضارب يملك البيع على أقاربه والشراء منهم بدون إذن رب المال إذا كان ذلك بالقيمة أو بغبن يسير، ولا يملك ذلك إذا كان بغبن فاحش إلا بإذن رب المال.

وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة[١].

القول الثالث: أن المضارب لا يملك البيع على أقاربه ولا الشراء منهم إلا بإذن رب المال مطلقاً.

وهذا هو الظاهر من الوجه الثاني عند الشافعية، حيث قالوا بعدم ملكية الوكيل للبيع على أقاربه مطلقاً[٢]، والمضارب وكيل عن رب المال.

وبهذا قال الحنابلة[٣].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن المضارب لا يملك البيع على أقاربه ولا الشراء منهم؛ لأنه متهم بمحاباتهم، ومحل التهمة إنما هو فيما إذا كان في البيع والشراء غبن، أما إذا لم يكن فيهما غبن بأن كانا بالقيمة فلا تهمة، فيملكهما[٤].

---

(١) المبسوط ٢٢/ ٥٧، مجمع الضمانات ص٣١٢، الفتاوى الهندية ٤/ ٢٩٤.

(٢) المهذب ١/ ٣٥٩، حلية العلماء ٥/ ١٢٧.

(٣) التنقيح المشبع ص٢١٠، غاية المنتهى ٢/ ٢٥٤، الروض الندي ص٢٥٦.

(٤) المبسوط ٢٢/ ٥٧.

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن محل التهمة في بيع المضارب على أقاربه وشرائه منهم إذا كانا بغبن فاحش، فلا يملكهما، أما إذا كانا بالقيمة أو بغبن يسير فلا تهمة فيهما؛ لكثرة وقوعه، فيملكهما[(١)].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه السرخسي بأن الغبن اليسير سبب للتهمة في حق الأقارب كالأباء والأبناء ونحوهم فيحمل على محاباتهم والميل إليهم، فلا يملك المضارب البيع والشراء لهم به[(٢)].

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن بيع المضارب وشراءه من أقاربه محل تهمة بالميل إليهم، فلا يملكهما مطلقاً[(٣)].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن بيع المضارب وشراءه ممن لا تقبل شهادته له محل تهمة مطلقاً، بل إنه إذا باع عليهم بثمن المثل فأكثر، أو اشترى منهم بثمن المثل فأقل فليس هناك تهمة؛ لأن بيعه وشراءه في

---

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق.

(٣) الروض الندي ص٢٥٦.

هذه الحالة كالبيع والشراء من الأجنبي.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية المضارب للبيع على أقاربه من مال المضارب بقيمة المثل فأكثر، والشراء منهم للمضاربة بقيمة المثل فأقل، وعدم ملكيته لذلك إذا كان بغبن مطلقاً؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من الجمع بين دفع التهمة عن المضارب، وتحقيق المصلحة لمال المضاربة.

المطلب التاسع: بيع المضارب على رب المال، وشراؤه منه

إذا احتاج رب المال إلى شيء من سلع المضاربة مثلاً، أو كان عنده سلعة يريد بيعها، فهل يملك المضارب البيع عليه والشراء منه، أو لا يملك ذلك؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن المضارب لا يملك البيع على رب المال، ولا الشراء منه.

وبهذا قال زفر من الحنفية[(١)]، والشافعية[(٢)].

وهو الرواية الصحيحة عن الإمام أحمد، وبها أخذ جمهور أصحابه، وهو المذهب عندهم[(٣)].

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ١٠١.

(٢) روضة الطالبين ٥/ ١٢٨، مغني المحتاج ٢/ ٣١٦، نهاية المحتاج ٥/ ٢٣٣.

(٣) المغني ٥/ ١٧٢، الفروع ٤/ ٣٩٢، المبدع ٥/ ٢٦-٢٧، الإنصاف ٥/ ٤٣٨-٤٣٩، مطالب أولي النهى ٣/ ٥٢٧.

القول الثاني: أن المضارب يملك البيع على رب المال، والشراء منه.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة، وصاحباه أبو يوسف ومحمد بن الحسن[١]، المالكية[٢]، وهو رواية عن الإمام أحمد، وبها أخذ بعض أصحابه[٣].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن يترتب على بيع المضارب على رب المال وشرائه منه بيع مال المضارب بماله وشراء ماله بماله؛ لأن جميع المالين ملك له، وهذا لا يجوز، كالوكيل مع الموكل، والعبد المأذون الذي لا دين عليه مع سيده[٤].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١.أن لرب المال في مال المضاربة ملك رقبة لا ملك تصرف، وملكه في حق التصرف كملك الأجنبي، وللمضارب فيه ملك التصرف لا الرقبة، فكان في حق ملك الرقبة كملك الأجنبي، لذلك جاز

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ١٠١.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٥٢٦.

(٣) المغني ٥/ ١٧٢، الفروع ٤/ ٣٩٢، المبدع ٥/ ٢٧، الإنصاف ٥/ ٤٣٩.

(٤) بدائع الصنائع ٦/ ١٠١، روضة الطالبين ٥/ ١٢٨، مغني المحتاج ٢/ ٣١٦، المغني ٥/ ١٧٢، المبدع ٥/ ٢٧، كشاف القناع ٣/ ٥٠٦، مطالب أولي النهى ٣/ ٥٢٧.

الشراء بينهما[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه ما دام أن رب المال مالك للرقبة، فلا يملك المضارب البيع عليه ولا الشراء منه؛ لأنه يترتب عليه كون رب المال مشترياً ماله بماله وبائعاً ماله بماله كما تقدم في دليل أصحاب القول الأول.

٢. أنه قد تعلق حق المضارب بمال المضاربة، فجاز لرب المال الشراء منه كما لو اشترى من مكاتبه أو من عبده المأذون الذي عليه دين[2].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة، وابن مفلح بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الفرق ظاهر، فإن السيد لا يملك ما في يده، ولهذا لا يزكيه، وأما المأذون له فلا يصح شراء سيده منه بحال، ويحتمل أن يصح إذا استغرقته الديون؛ لأن الغرماء يأخذون ما في يده، والصحيح الأول؛ لأن ملك السيد لم يزل عنه، وإن استحق أخذه، كمال المفلس[3].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ١٠١.

(٢) المغني ٥/ ١٧٢، المبدع ٥/ ٢٧.

(٣) المرجعان السابقان.

القول الأول القائل بعدم ملكية المضارب للبيع على رب المال ولا الشراء منه؛ لقوة ما استدلوا به، وابتعادا عن مواطن التهم.

المطلب العاشر: بيع المضارب بغير نقد البلد

إذا انعقدت المضاربة في المملكة العربية السعودية ورأس مالها بالريال السعودي، وأراد المضارب أن يبيع سلعة من سلعها بالدولار الأمريكي أو الجنيه الاسترليني أو نحو ذلك، فهل يملك ذلك بدون إذن رب المال، أولا بُدَّ من إذنه؟

إذا عيّن رب المال نقداً يتعامل به وجب على المضارب التقيد به، فلا يملك البيع بغيره، لأنه عامل له فيتقيد تصرفه بما يقيده به، أما إذا لم يعين له نقداً، بل أطلق فاختلف الفقهاء في ذلك ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المضارب يملك البيع بغير نقد البلد إذا فوّض رب المال التصرف عليه ورأى المصلحة فيه.

وبهذا قال الإمام أحمد في رواية عنه، وبها أخذ بعض أصحابه[1].

القول الثاني: أن المضارب يملك البيع بغير نقد البلد بدون إذن رب المال إذا كان رائجاً، ولا يملكه إذا لم يكن رائجاً إلا بإذن رب المال.

وبهاذ قال الشافعية[2].

---

(١) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٣٨٩، المغني ٥/ ١٥٤، المحرر ١/ ٣٥٠.

(٢) مغني المحتاج ٢/٣١٦، نهاية المحتاج ٢/ ٣٣٢، فتح الجواد ١/ ٥٧٦، أسنى المطالب ٢/ ٣٨٥.

القول الثالث: أن المضارب لا يملك البيع بغير نقد البلد إلا بإذن رب المال.

وهذا هو الظاهر من قول المالكية حيث قالوا بعدم ملكية الوكيل للبيع بغير نقد البلد إلا بإذن موكله(١)، والمضارب وكيل عن رب المال في مال المضاربة.

وبهذا قال بعض الشافعية(٢)، وهو رواية عن الإمام أحمد، وبها أخذ بعض أصحابه(٣).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن المضارب يتصرف في مال المضاربة عن طريق الأمر الصادر من رب المال، والأمر بالبيع مطلقاً يقتضي بيعه بنقد البلد وغيره؛ لأن اسم البيع المطلق يقع على كل ذلك(٤).

٢. أن المقصود من عقد المضاربة تحصيل الربح وهو حاصل ببيع المضارب بغير نقد البلد، فيملكه كما يملك البيع بالعرض والشراء به(٥).

---

(١) بداية المجتهد ٢/ ٣٠٣، مواهب الجليل ٢/ ١٩٥-١٩٦.
(٢) مغني المحتاج ٢/ ٣١٦، نهاية المحتاج ٥/ ٢٣٢، فتح الجواد ١/ ٥٧٦.
(٣) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ٢/ ٣٨٩، المغني ٥/ ١٥٤، المحرر ١/ ٣٥٠.
(٤) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٣٨٩.
(٥) المغني ٥/ ١٥٤.

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه السبكي[(١)] بأنه قياس مع الفارق؛ لأن هناك فرقاً بين نقد غير البلد والعرض، وهو أن نقد البلد لا يروج فيتعطل الربح، بخلاف العرض[(٢)].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن المقصود من عقد المضاربة تحصيل الربح، ونقد غير البلد إذا لم يكن رائجاً أدى إلى تعطيل الربح، فلا يملكه المضارب[(٣)].

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

قياس المضارب على الوكيل، فكما أنه لا يجوز للوكيل المطلق البيع بغير نقد البلد، فكذلك المضارب[(٤)].

---

(١) هو علي بن عبدالكافي بن علي الأنصاري، الخزرجي، السبكي، الشافعي، تقي الدين، أبو الحسن، ولد سنة ٦٨٣ هـ، وتفقه على والده، ورحل إلى الشام، والحجاز حتى صار عالماً في مختلف العلوم، وله مصنفات منها: الابتهاج في شرح المنهاج، والدر النظيم في تفسير القرآن العظيم، والفتاوى وجمعها ابنه تاج الدين. توفي سنة ٧٥٦ هـ. (طبقات الشافعية للسبكي ٦/ ١٤٦-٢٢٧، طبقات الشافعية للإسنوي ١/ ٣٥٠، الدرر الكامنة ٣/ ١٣٤-١٤٣).

(٢) نقل ذلك عنه الشربيني في مغني المحتاج ٢/ ٣١٦، والرملي في نهاية المحتاج ٥/ ٢٣٢، والأنصاري في أسنى المطالب ٢/ ٣٨٥، ولم أطلع عليه فيما بين يدي من كتبه.

(٣) مغني المحتاج ٢/ ٣١٦، نهاية المحتاج ٥/ ٢٣٢.

(٤) أسنى المطالب ٢/ ٣٨٥.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه قياس مع الفارق؛ لأن القصد من الوكالة هو بيع العرض وقبض الثمن، فظاهر الأمر أن حاجة الموكل للثمن ناجزة، فينصرف الإطلاق إلى نقد البلد؛ لأنه هو الذي يمكن للموكل التصرف فيه، بخلاف ما إذا باع الوكيل بغير نقد البلد فإن حاجة الموكل لا تنقضي بهذا البيع، وكذلك فإن الوكيل لا يستطيع صرف النقد الأجنبي بنقد البلد؛ لأن وكالته قد انتهت بالبيع.

أما المضاربة فهي بخلاف ذلك، فالقصد منها هو تحقيق الربح، وهو يحصل بنقد البلد وغيره، كما أن المضارب يتمكن من الشراء بهذا النقد وصرفه بنقد البلد؛ لأن المضاربة لا تنتهي ببيع سلعها.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول بأن المضارب لا يملك البيع بغير نقد البلد إلا بإذن رب المال إلا إذا أطلق له رب المال التصرف وكان النقد رائجاً في بلد العقد؛ لما استدل به أصحاب القول الأول والثاني، ولأن الإطلاق يعم البيع بكل نوع فيدخل في ذلك غير نقد البلد، ولأن غير نقد البلد سبب لتحقيق الربح الذي هو المقصود من عقد المضاربة، فيملك المضارب البيع به كنقد البلد.

المطلب الحادي عشر: شراء المضارب للمعيب، وردّه له

إذا كان هناك سلعة معيبة كسيارة فيها عطل، أو قد حدث عليها

حادث اصطدام، أو بهيمة عرجاء، أو مفقوءة العين أو نحو ذلك، فأراد المضارب شراءها، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟ وإذا اشتراها فهل يملك ردها، أو لا يملكه؟.

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن المضارب يملك شراء المعيب إذا رأى المصلحة في ذلك، كأن تتيسر سلعة بها عيب، وسعرها مناسب، ويظن المضارب أنه إذا اشتراها بهذه القيمة سيربح فيها.

وكذلك اتفقوا على أنه يملك الرد بالعيب إذا اشترى سلعة على أنها سليمة فبان بها عيب لم يكن يعلم به وقت التعاقد، كما يملك إبقاءه مع أخذ الأرش إذا رأى المصلحة في ذلك.

فقد قال بذلك الحنيفة(١)، والمالكية(٢).

والشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

أولاً: استدلوا على ملكية المضارب للشراء بما يلي:

أن المقصود من عقد المضاربة هي تحصيل الربح، وقد يحصل

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٩٠.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٥٢٤، بلغة السالك ٢/ ١٦٨، جواهر الإكليل ٢/ ١٧٣-١٧٤، شرح منح الجليل ٣/ ٦٧٨.

(٣) المهذب ١/ ٣٩٤، روضة الطالبين ٥/ ١٢٧، مغني المحتاج ٢/ ٣١٦، أسنى المطالب ٢/ ٣٨٥، فتح الجواد ١/ ٥٧٦.

(٤) المغني ٥/ ١٥٤-١٥٥، كشاف القناع ٣/ ٥١٣.

الربح في المعيب كما يحصل في السليم، بل قد يكون أكثر، فيملك المضارب شراءه[١].

ثانياً: استدلوا على ملكيته للرد عند عدم العلم بالعيب بما يلي:

أن رب المال قد فوّض إلى المضارب النظر والاجتهاد في مال المضاربة، فيملك رد العيب إذا رأى ذلك[٢].

المطلب الثاني عشر: شراء المضارب وبيعه للمحرمات

إذا أراد المضارب أن يشتري للمضاربة ويبيع ما هو محرم في الشرع كالخمر، والخنزير، والميتة، وآلات اللهو المحرمة، ونحو ذلك فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟ وهل هناك فرق بين ما إذا كان المضارب ورب المال مسلمين، أو كان المضارب مسلماً ورب المال ذمياً؟.

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن المضارب لا يملك شراء المحرمات ولا يبيعها إذا كان هو ورب المال مسلمين، ولو أذن له رب المال بذلك، فإن فعل ضمن.

فقد قال بذلك الحنفية، حيث جاء في الفتاوى الهندية: «ولو اشترى المضارب خمراً أو خنزيراً أو مدبراً أو أم ولد أو مكاتباً ضمن رأس المال علم أو لم يعلم»[٣].

---

(١) المهذب ١/ ٣٩٤، المغني ٥/ ١٥٤، كشاف القناع ٣/ ٥١٣.
(٢) المهذب ١/ ٣٩٤.
(٣) الفتاوى الهندية ٤/ ٢٩٣.

وبه قال المالكية، حيث قال الخرشي: «.. إن رب المال والعامل لابّد أن يكون من أهل التوكل فعلم منه حرمة مقارضة المسلم للذمي، وهو قول، والمذهب الكراهة إذا لم يعمل بمحرم..»[(١)].

فإذا كان الذمي لا يملكه فمن باب أولى لا يملكه المسلم.

وبه قال الشافعية[(٢)]، والحنابلة[(٣)].

الدليل:

الظاهر أنهم يستدلون على ذلك بما يلي:

أن هذه المحرمات ونحوها قد ثبت تحريمها بأدلة كثيرة وصريحة من الكتاب والسنة، فلا يجوز شراؤها لغير المضارب، فمن باب أولى لا يجوز للمضارب شراؤها؛ لأن تصرفه مقيداً بالمصلحة، وبما هو من عمل التجار، وشراء المحرمات ليس فيه مصلحة ولا هو من عمل التجار، فلا يملكه.

أما إذا كان المضارب ذمياً ورب المال مسلماً فالظاهر من كلامهم عدم ملكيته لشراء وبيع غير الخمر من المحرمات، وأما الخمر فاختلفوا فيه، وذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المضارب لا يملك شراء الخمر ولا بيعه وإن كان ذمياً.

وبهذا قال المالكية لما تقدم من كلام الخرشي.

---

(١) شرح الخرشي ٦/ ٢٠٣.

(٢) حلية العلماء ٥/ ٣٥٢، روضة الطالبين ٥/ ١٤٧، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٢.

(٣) المغني ٥/ ١٦٢.

وبه قال الشافعية[١]، والحنابلة[٢].

القول الثاني: أن المضارب يملك شراء الخمر، ولا يملك بيعه إذا كان ذمياً.

وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة[٣].

القول الثالث: أن المضارب يملك شراء الخمر وبيعه إذا كان ذمياً.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة[٤].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل اصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن المضارب إذا كان ذمياً فقد اشترى للمسلم -وهو رب المال- ما لا يصح أن يملكه ابتداء، فلا يصح، كما لو اشترى الخنزير[٥].

٢. أن الخمر لا يصح شراؤها للمسلم، كالخنزير والميتة؛ لأن ما لا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه، كالميتة والدم[٦].

---

(١) حلية العلماء ٥/ ٣٥٢، روضة الطالبين ٥/ ١٤٧، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٢.

(٢) المغني ٥/ ١٦٢.

(٣) لم أطلع على ذلك فيما بين يدي من كتب الحنفية، وإنما ذكر ذلك الشاشي في حلية العلماء ٥/ ٣٥٢، وابن قدامة في المغني ٥/ ١٦٢.

(٤) المرجعان السابقان.

(٥) المغني ٥/ ١٦٢.

(٦) المرجع السابق.

أدلة القول الثاني:

استدل ابن قدامة لصاحبي هذا القول بما يلي:

أولاً: استدل لهما على ملكية الشراء بما يلي:

أن المضارب وكيل عن رب المال في التصرف، والملك ينتقل إلى الوكيل، وحقوق العقد تتعلق به، وهو جائز له؛ لأنه ذمي، فصح شراؤه له[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن المضارب إذا كان وكيلاً عن رب المال فإنه لا يصح له أن يتصرف إلا في حدود ما رسمه له الموكل، ورب المال في المضاربة إنما وكل المضارب فيما يجوز التعامل به شرعاً، والخمر ليس كذلك، فلا يكون مأذوناً به للمضارب، فلا يصح شراؤه له.

ثانياً: واستدل لهما على عدم ملكيته البيع بما يلي:

أن المضارب ببيعه للخمر يعد بائعاً لما ليس بملك له، ولا لموكله، فلا يصح[2].

دليل القول الثالث:

أما صاحب القول الثالث فاستدل له ابن قدامة بما استدل به لصاحبي القول الثاني على ملكية المضارب لشراء الخمر، وقد سبقت مناقشته.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية المضارب لشراء الخمر وبيعه وإن كان ذمياً؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن ربح الخمر خبيث؛ لأنه ناتج عن بيع محرم، ورب المال شريك فيه، فلا يصح له، ولما في ذلك من إعانة على نشر وترويج أم الخبائث.

المطلب الثالث عشر: شراء المضارب من يعتق على رب المال

إذا أراد أن يشتري عبداً أو أمة للمضاربة فهل يملك شراء من يعتق على رب المال كأبيه وابنه، وأمه ونحو ذلك، أو لا يملكه؟ وإذا فعل فهل يصح الشراء، أو لا يصح؟ وإذا صح فهل يعتق على المضارب، أو على رب المال؟.

لا يخلو الشراء إما أن يكون بإذن رب المال، أو بغير إذنه:

فإن كان الشراء بإذنه فقد اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على صحته، ويعتق عليه، وتنفسخ المضاربة في قدر ثمنه، ويكون محسوباً عليه، فإن كان ثمنه كل مال المضاربة انفسخت، وإن كان في المال ربح رجع العامل بحصته منه.

فقد قال بذلك الحنفية[1]، والمالكية[2].

(١) البحر الرائق ٧/ ١٦٥، مجمع الضمانات ص٣٠٦.

(٢) التفريع ٢/ ١٩٩، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٧٨، جواهر الإكليل ٢/ ١٧٦.

والشافعية[١]، والحنابلة[٢].

الدليل:

استدلوا بما يلي:

أنه يصح للمضارب الشراء بنفسه، فإذا أذن لغيره فيه جاز[٣].

وأما إن كان الشراء بغير إذن رب المال فاختلفوا على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المضارب لا يملك شراء من يعتق على رب المال، فإن فعل صح الشراء وكان له، لا للمضاربة.

وبهذا قال الحنفية[٤]، والشافعية[٥].

وهو المذهب عند الحنابلة[٦].

القول الثاني: أنه يصح شراء المضارب من يعتق على رب المال إن كان جاهلاً بذلك، ويكون حراً على رب المال، ويكون للعامل حصته من الربح إن كان في المال ربح، وإن كان عالماً بذلك فهو حر على العامل، ويضمن لرب المال ثمنه.

---

(١) المهذب ١/ ٣٩٤، روضة الطالبين ٥/ ١٢٩، مغني المحتاج ٢/ ٣١٦.

(٢) المغني ٥/ ١٥٥، المحرر ١/ ٣٥١، الفروع ٤/ ٣٨٣، المبدع ٥/ ٢٣.

(٣) المغني ٥/ ١٥٥.

(٤) النتف في الفتاوى ١/ ٥٣٨ ص٥٤٣، الهداية ٣/ ٢٠٥، الاختيار ٣/ ٢١-٢٢، مجمع الضمانات ص٣٠٦، مجمع الأنهر ٢/ ٣٢٧، الفتاوى الهندية ٤/ ٢٩٣.

(٥) مختصر المزني مع الأم ٨/ ٢٢١، حيلة العلماء ٥/ ٣٣٨، الوجيز ١/ ٢٢٣، المهذب ١/ ٣٩٤، روضة الطالبين ٥/ ١٢٩-١٣٠، فتح الوهاب ١/ ٢٤٢.

(٦) المغني ٥/ ١٥٥، المحرر ١/ ٣٥١، الإنصاف ٥/ ٤٣٣، مغني ذوي الأفهام ص١٢٨، الإقناع ٢/ ٢٦٣.

وبهذا قال المالكية[١].

القول الثالث: أن المضارب لا يملك شراء من يعتق على رب المال، فإن فعل لم يصح الشراء.

وهذا احتمال في مذهب الحنابلة[٢].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية الشراء بما يلي:

١. أن العبد يعتق على رب المال بالشراء، فتبطل المضاربة، وهو إنما وكل المضارب بالتصرف في المال لا بإبطال العقد[٣].

٢. أن المقصود من عقد المضاربة شراء ما يربح فيه، وذلك لا يوجد في شراء من يعتق على رب المال، بل هو خسران كله[٤].

٣. أن في شراء من يعتق على رب المال ضرراً عليه، فلا يملكه المضارب إلا بإذنه[٥].

---

(١) المدونة ٥/ ١٢٤، التفريع ٢/ ١٩٩، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٧٨، الشرح الكبير للدردير ٣/ ٥٣١، شرح الخرشي ٦/ ٢٢٠.

(٢) وقيده بعضهم بما إذا كان الثمن عيناً. المغني ٥/ ١٥٥، المبدع ٥/ ٢٤، الإنصاف ٥/ ٤٣٣.

(٣) الاختيار ٣/ ٢١-٢٢.

(٤) المهذب ١/ ٣٩٤، مغني المحتاج ٢/ ٣١٦، المبدع ٥/ ٢٣-٢٤، نيل المآرب ١/ ٤١٥.

(٥) نيل المآرب ١/ ٤١٥.

ثانياً: واستدلوا على صحة الشراء بما يلي:

أن العبد مال متقوم قابل للعقود، فصح شراء المضارب له، كما لو اشترى من نذر رب المال إعتاقه[1].

ثالثاً: واستدلوا على أن الشراء يكون للمضارب لا للمضاربة بما يلي:

١. أن المضارب يضمن قيمة العبد في ماله في هذه الحالة قياساً على الوكيل بالشراء إذا خالف[2].

٢. أن المضارب مفرط في شرائه من يعتق على رب المال، فيضمن ثمنه لتفريطه[3].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

استدلوا على صحة الشراء مع الجهل بما يلي:

أن العبد يعتق على رب المال لدخوله في ملكه، والعامل معذور؛ لعدم علمه بالقرابة[4].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه لا يعذر بعدم العلم؛ لأنه يجب عليه أن يحتاط في

---

(١) المبدع ٥/ ٢٤.

(٢) الاختيار ٣/ ٢٢.

(٣) المبدع ٥/ ٢٤، نيل المآرب ١/ ٤١٦.

(٤) شرح الخرشي ٦/ ٢٢٠.

ذلك بالسؤال كما أن عليه أن يحتاط من جهة القيمة.

أما قولهم بأنه إن كان عالما فإنه حر على المضارب فلم أطلع على دليلٍ لهم عليه، ولكن لعلهم يستدلون بما استدل به أصحاب القول الأول.

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الإذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه، ومن يعتق على رب المال ليس كذلك، فلا يصح[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الإذن في المضاربة ينصرف إلى ما يمكن الاتجار فيه، والعبد بقطع النظر عن قرابته لرب المال يمكن الاتجار فيه، فقرابته لرب المال لا تمنع صحة الشراء وإنما تمنع صحة البيع، فيصح شراء المضارب له إذا اشتراه ويكون الشراء له.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المضارب لا يملك شراء من يعتق على رب المال، فإن فعل صح الشراء، وكان له، لا للمضاربة؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن الشراء قد توفرت شروطه، وإنما حصل التعدي والتفريط من المضارب، فيصح الشراء، ويلزم المضارب؛ لتعديه وتفريطه.

---

(١) المبدع ٥/ ٢٤.

المطلب الرابع عشر: شراء المضارب من يعتق عليه

اختلف الفقهاء في ملكية المضارب لشراء من يعتق عليه، وخلافهم فيها مبني على الخلاف في ملكية المضارب لنصيبه من الربح، هل يملكه بالظهور، أو لا بّد من القسمة؟ ولهذا كان لا بّد من الكلام أولاً على هذه المسألة، حتى تتضح المسألة المقصودة بالبحث فأقول:

نقل ابن قدامة الاتفاق على أن المضارب لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال إلى ربه، حيث قال: «يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال إلى ربه، ومتى كان في المال خسران وربح جبرت الوضيعة من الربح سواء كان الخسران والربح في مرة واحدة أو الخسران في الصفقة والربح في أخرى أو أحدهما في سفرة والآخر في أخرى؛ لأن معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال وما لم يفضل فليس بربح، لا نعلم في هذا خلافاً»[(١)].

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

١. أن الربح وقاية لرأس المال، فلا يأمن الخسران الذي ينجبر بالربح[(٢)].

٢. أن رب المال شريك للمضارب، فلم يكن له مقاسمة نفسه بأخذ

(١) المغني ٥/ ١٦٩، كما نقله ابن مفلح في المبدع ٥/ ٢٩.

(٢) المبدع ٥/ ٣١، كشاف القناع ٣/ ٥٢٠.

نصيبه من الربح[(١)].

٣. أن ملك المضارب غير مستقر على الربح؛ لأنه معرض لخروج عن يده لجبران خسارة المال[(٢)].

ولكن الفقهاء اختلفوا في ملكيته لنصيبه من الربح هل تحصل بالظهور، أو لا بّد من القسمة؟ وذلك من قولين:

القول الأول: أن المضارب يملك نصيبه من الربح بالظهور.

وبهذا قال الشافعية[(٣)]، وهو رواية عن الإمام أحمد، وهو المذهب عند أصحابه[(٤)].

القول الثاني: أن المضارب لا يملك نصيبه من الربح إلا بالقمسة.

وبهذا قال الحنفية[(٥)]، والمالكية[(٦)].

وبه قال أكثر الشافعية[(٧)]، وهو رواية عن الإمام أحمد، واختارها بعض أصحابه[(٨)].

---

(١) المرجعان السابقان، ومطالب أولي النهي ٣/ ٥٢٩.
(٢) المرجع السابق.
(٣) الوجيز ١/ ٢٢٤، المهذب ١/ ٣٩٤، حلية العلماء ٥/ ٣٤١، روضة الطالبين ٥/ ١٣٦.
(٤) المغني ٥/ ١٦٩، المحرر ١/ ٣٥٢، الفروع ٤/ ٣٨٨، المبدع ٥/ ٣١، الإنصاف ٥/ ٤٤٥، مغني ذوي الأفهام ص١٢٨.
(٥) بدائع الصنائع ٦/ ١٠٧، مجمع الضمانات ص٣١١.
(٦) الإشراف ٢/ ٦٠، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٧٥-٧٧٦.
(٧) المهذب ١/ ٣٩٤، حلية العلماء ٥/ ٣٤١، الوجيز ١/ ٢٢٤، روضة الطالبين ٥/ ١٣٦، مغني المحتاج ٢/ ٣١٨، فتح الوهاب ١/ ٢٤٢.
(٨) المغني ٥/ ١٦٩، الفروع ٤/ ٣٨٨، المبدع ٥/ ٣١، الإنصاف ٥/ ٤٤٥.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن الشرط صحيح، فيثبت مقتضاه، وهو أن يكون للمضارب جزء من الربح، فإذا وجد يجب أن يملكه بحكم الشرط، كما يملك المساقي حصته من الثمر لظهورها، وقياساً على كل شرط صحيح في عقد(١).

٢. أن الربح في المضاربة مملوك، فلا بّد له من مالك، ورب المال لا يملكه اتفاقاً، ولا تثبت أحكام الملك في حقه، فلزم أن يكون للمضارب(٢).

٣. أن المضارب يملك المطالبة بالقسمة، فكان مالكاً كأحد شريكي العنان(٣).

٤. أن المضارب أحد المضاربين، فملك حصته من الربح بالظهور، كرب المال(٤).

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن الربح زيادة، والزيادة على الشيء لا تكون إلا بعد سلامة الأصل(٥).

---

(١) المغني ٥/ ١٦٩، المبدع ٥/ ٢٩.

(٢) المغني ٥/ ١٦٩، كشاف القناع ٣/ ٥٢٠.

(٣) المرجعان السابقان.

(٤) المهذب ١/ ٣٩٤، الإقناع للحجاوي ٢/ ٢٦٧.

(٥) بدائع الصنائع ٦/ ١٠٧.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بالتسليم بذلك، ولكن من قال بالملكية بالظهور لا يقول بأخذ الزائد وهو الربح إلا بعد سلامة الأصل، فيبقى حتى يسلم الأصل لجبران ما قد يحصل من خسارة، وهذا لا ينافي ملكية المضارب لنصيبه من الربح.

٢. أن المال إذا بقي في يد المضارب فحكم المضاربة بحالها، فلو صححنا قسمة الربح لثبتت قسمة الفرع قبل الأصل، وهذا لا يجوز(١).

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بما سبق من مناقشة الدليل الأول وهو أن من قال بالملكية بالظهور لا يقول بأن المضارب يملك أخذ نصيبه من الربح بذلك، بل يملكه فقط، أما الأخذ فلا بُدَّ من القسمة لجبران ما قد يحصل من خسارة.

٣. أن المضارب لو ملك نصيبه من الربح لاختص بربحه، ولوجب أن يكون شريكاً لرب المال، كشريكي العنان(٢).

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة بأنه لا يمتنع أن يملك المضارب نصيبه من الربح ويكون وقاية لرأس المال، كنصيب رب المال من الربح، وبهذا امتنع اختصاصه بربحه، ولأنه لو اختص بربح نصيبه لا استحق من الربح

---

(١) المرجع السابق.

(٢) المغني ٥/ ١٦٩، المهذب ١/ ٣٩٤.

أكثر مما شرط له، ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه[١].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية المضارب لنصيبه من الربح بالظهور؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن المضارب إنما دخل في عقد المضارب بقصد تحصيل الجزء المشروط من الربح إذا حصل ربح، فإذا أظهر الربح ملك نصيبه منه بمقتضى العقد إلا أنه لا يملك أخذه؛ لأنه وقاية لرأس المال.

وبعد أن تبين رجحان القول بملكية المضارب لنصيبه من الربح بالظهور انتقل إلى الكلام على المسألة المقصودة بالبحث وهي شراء المضارب من يعتق عليه فأقول:

إذا اشترى المضارب للمضاربة من يعتق عليه من أقاربه كأبيه، وأخيه، ونحوهما، فهل يصح الشراء، وهل يعتق، وما الذي يلزم المضارب؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المضارب إذا اشترى من يعتق عليه ولم يظهر في المال ربح صح الشراء للمضاربة ولم يعتق، وإن ظهر ربح لم يملك الشراء، فإن فعل صح له لا للمضاربة، وعتق منه بقدر نصيبه.

---

(١) المغني ٥/ ١٧٠.

وبهذا قال الحنفية[١]، وبعض الشافعية[٢].

وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة، وعليه أكثرهم[٣].

القول الثاني: أن المضارب إذا اشترى من يعتق عليه صح الشراء ولم يعتق على المضارب مطلقاً، أي سواء ظهر في المال ربح أم لم يظهر.

وبهذا قال الشافعية[٤]، وبعض الحنابلة[٥].

القول الثالث: أن المضارب إذا اشترى من يعتق عليه للقرابة فإنه لا يخلو:

إما أن يكون موسراً، أو معسراً.

فإن كان موسوراً وكان عالماً بالقرابة حين الشراء عتق عليه، وغرم لرب المال الأكثر من قيمته وثمنه ما عدا حصة العامل من الربح إن كان في المال.

وإن لم يكن عالماً بالقرابة نبيمته يوم الحكم ما عدا حصة العامل من الربح، ولو كانت أقل من قيمته يوم الشراء، وهذا إذا كان في المال ربح، وإلا لم يعتق.

---

(١) المبسوط ٢٢/ ٥٨، الهداية ٣/ ٢٠٥، اللباب ٢/ ١٣٣، مجمع الأنهر ٢/ ٣٢٧.

(٢) المهذب ١/ ٣٩٤، حلية العلماء ٥/ ٣٤١، روضة الطالبين ٥/ ١٣٠، ١٣١، مغني المحتاج ٢/ ٣١٧.

(٣) المغني ٥/ ١٥٧-١٥٨، المبدع ٥/ ٢٥، الإنصاف ٥/ ٤٣٥-٤٣٦، كشاف القناع ٣/ ٥١٤.

(٤) المهذب ١/ ٣٩٤، حلية العلماء ٥/ ٣٤١، روضة الطالبين ٥/ ١٣٠-١٣١.

(٥) المغني ٥/ ١٥٧، المبدع ٥/ ٢٥، الإنصاف ٥/ ٤٣٥-٤٣٦.

أما إذا كان معسراً فإنه يباع من العبد بما وجب لرب المال.

وبهذا قال الإمام مالك، وأصحابه[١].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على صحة شراء المضارب لمن يعتق عليه إذا لم يظهر في المال ربح بما يلي:

١. أن المضارب لا يملك شيئاً من مال المضاربة قبل ظهور الربح، فهو يتمكن من بيع من يعتق عليه إذا اشتراه؛ لأن المضارب يملك شراء ما يملك بيعه[٢].

٢. أنه لا ضرر في شراء المضارب لمن يعتق عليه رب المال، فيصح الشراء ويلزم[٣].

ثانياً: واستدلوا على عدم عتقه في هذه الحالة بما يلي:

أن المضارب لا يملك من يعتق عليه إذا اشتراه قبل ظهور الربح، وإنما هو ملك رب المال، فلا يعتق عليه[٤].

---

(١) المدونة ٥/ ١٢٤، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ٣/ ٥٣٢-٥٣٣، شرح الخرشي ٦/ ٢٢٠.

(٢) المبسوط ٢٢/ ٥٨.

(٣) المهذب ١/ ٣٩٤.

(٤) المبدع ٥/ ٢٥، كشاف القناع ٣/ ٥١٤، مطالب أولي النهى ٣/ ٥٢٥.

ثالثاً: واستدلوا على عدم ملكيته للشراء إذا ظهر ربح بما يلي:

أن المضارب بشرائه لمن يعتق عليه نصيبه، ويفسد نصيب رب المال، فلا يملكه[١].

رابعاً: واستدلوا على أن المضارب إذا اشترى مع ظهور الربح عتق عليه بقدر نصيبه بما يلي:

أن المضارب قد ملك من يعتق عليه بفعله، فيعتق عليه، أشبه ما لو اشتراه بماله[٢].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على أن المضارب إذا اشترى من يعتق عليه صح الشراء للمضاربة ولم يعتق إذا لم يظهر في المال ربح بما استدل به أصحاب القول الأول.

ثانياً: واستدلوا على صحة الشراء للمضاربة وعدم العتق على المضارب إذا ظهر في المال ربح بما يلي:

أن المضارب وإن ظهر نصيبه من الربح بالظهور إلا أن ملكه غير مستقر؛ لأن الربح وقاية لرأس المال، فربما تلف بعض المال فلزمه جبرانه به، فلا يعتق لذلك[٣].

---

(١) الهداية ٣/ ٢٠٥، اللباب ٢/ ١٣٣، مجمع الأنهر ٢/ ٣٢٧.
(٢) المهذب ١/ ٣٩٤، المغني ٥/ ١٥٨، المبدع ٥/ ٢٥، مطالب أولي النهي ٣/ ٥٢٥.
(٣) المهذب ١/ ٣٩٤، المغني ٥/ ١٥٨، المبدع ٥/ ٢٥.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعد التسليم بأن الاستقرار شرط، بل الشرط هو الملك، وهو حاصل بالظهور، ولذا لو طلب المضارب القسمة لاستحق نصيبه من الربح.

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على أن المضارب إذا اشترى من يعتق عليه مع العلم عتق عليه وغرم الأكثر من قيمته وثمنه بما يلي:

أن المضارب في شرائه من يعتق عليه مع علمه بذلك يعد متعدياً على مال المضاربة، فيعتق عليه قريبه، ويضمن لرب المال الأكثر من القيمة أو الثمن[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن ذلك إنما يكون إذا كان قد حصل في المال ربح حيث يكون للمضارب جزء منه، أما إذا لم يحصل ربح فإن المضارب يكون قد اشترى من يعتق عليه بمال غيره، فهو غير مالك لهذا المال، فلا يعتق عليه.

ثانياً: واستدلوا على أن المضارب إذا اشترى من يعتق عليه وكان في المال ربح عتق عليه، وإن لم يكن ربح فلا يعتق بما يلي:

---

(١) شرح الخرشي ٦/ ٢٢٠.

أن المضارب إذا اشترى من يعتق عليه وفي المال ربح فإنه يكون شريكاً لرب المال، فيعتق عليه، وإذا لم يكن ربح فلا شركة، فلا يعتق[(١)].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المضارب إذا اشترى من يعتق عليه ولم يظهر في المال ربح صح الشراء للمضاربة ولم يعتق، وإن ظهر ربح لم يملك الشراء، فإن فعل صح له لا للمضاربة وعتق منه بقدر نصيبه؛ لقوة ما استدلوا به، ولما سبق[(٢)] من أن الراجح هو ملكية العامل لنصيبه من الربح بالظهور، فبناء على ذلك إذا لم يظهر ربح لم يملك المضارب ممن يعتق عليه شيء، فيصح الشراء للمضاربة، ولا يعتق عليه، وإن ظهر ربح ملك المضارب بقدر نصيبه من الربح فصح الشراء له لا للمضاربة وعتق بقدر نصيبه.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) ص٢٠١.

المبحث الثاني
إقراض المضارب مال المضاربة

إذا توفر عند المضارب شيء من مَال المضاربة فطلب فيه أحدٌ إقراضه إياه، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟.

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على عدم ملكية المضارب للإقراض من مال المضاربة إذا طلب منه أحد ذلك إلا بإذن رب المال.

فقد قال بذلك الحنفية[1].

وهو الظاهر من قول المالكية، حيث قال ابن عبدالبر: «ولا يجوز للعامل أن يحابي في المال، ولا يصنع منه معروفاً»[2] والإقراض صنع معروف.

كما أنه الظاهر -أيضاً- من قول الشافعية، حيث قال النووي: «ووظيفة العامل التجارة وتوابعها»[3] والإقراض ليس من التجارة، ولا من توابعها.

وبه قال الحنابلة[4].

---

(١) المبسوط ٢٢/ ٣٩، تحفة الفقهاء ٣/ ٢٢، النتف في الفتاوى ١/ ٥٣٨، مع ص٥٤٣، الهداية ٣/ ٢٠٤، فتاوى قاضيخان ٣/ ١٦٦، مجمع الضمانات ص٣٠٥، البحر الرائق ٧/ ٢٦٥.

(٢) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٧٣.

(٣) المنهاج ٢/ ٣١١.

(٤) المحرر ١/ ٣٥١، الفروع ٤/ ٣٨٣، الإنصاف ٥/ ٤١٤.

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

١. أن الإقراض تبرع من المضارب في الحال إذ لا يقابله عوض للحال، وإنما يصير مبادلة في الثاني، والإنسان لا يملك التبرع بمال غيره إلا بإذنه[1].

٢. أنه ليس في الإقراض تحصيل شيء من مقصود رب المال؛ لأن المقبوض بحكم القرض مضمون بمثله، لا يتصور فيه زيادة شرط ولا غيره[2].

٣. أن الإقراض تبرع، كالهبة والصدقة، فلا يحصل به الغرض، وهو الربح؛ لأنه لا تجوز الزيادة عليه[3].

٤. أن إطلاق عقد المضاربة ينصرف إلى ما هو من صنيع التجار، والإقراض ليس من صنيعهم؛ لأن الربح المقصود لهم لا يحصل بها[4].

---

(١) المبسوط ٢٢/ ٢٩، بدائع الصنائع ٦/ ٩٢.

(٢) المبسوط ٢٢/ ٣٩.

(٣) الهداية ٣/ ٢٠٤.

(٤) المرجع السابق، الدر المختار ٥/ ٦٥٠، مجمع الأنهر ٢/ ٢٢٤.

المبحث الثالث

استدانة المضارب على مال المضاربة[1]

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ملكية المضارب للاستدانة.

المطلب الثاني: الحكم إذا استدان المضارب بدون إذن رب المال عند القائلين باشتراط إذنه.

---

(١) المقصود بالاستدانة على مال المضاربة أن يشتري المضارب لها بأكثر من رأس مالها، كأن يكون رأس مالها مائة ألف ريال فيشتري بمائة وعشرين، أو يشتري بأكثر مما بقي معه من المال بعد العمل به والاتجار، كأن يكون رأس مالها مائة ألف ريال فيخسر عشرين ألفاً فيكون الباقي ثمانين ألف فيشتري بمائة ألف. (انظر بيان هذا في: المحرر ١/٣٥١، الإنصاف ٥/٤١٩).

المطلب الأول: ملكية المضارب للاستدانة على مال المضاربة

إذا أراد المضارب أن يستدين على مال المضاربة فهل يملك ذلك بمطلق العقد، أولا يملكه إلا بالتفويض، أو لابدّ من الإذن الصريح من رب المال في ذلك؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المضارب لا يملك الاستدانة إلا بإذن رب المال أو تفويضه إذا رأى المصلحة في ذلك.

وبهذا قال أكثر الحنابلة(١).

القول الثاني: أن المضارب لا يملك الاستدانة إلا بإذنٍ صريحٍ من رب المال.

وبهذا قال الحنفية(٢)، والمالكية(٣).

والشافعية(٤)، وبعض الحنابلة(٥).

القول الثالث: أن المضارب يملك الاستدانة مطلقاً.

وبهذا قال بعض الحنابلة(٦).

---

(١) المغني ٥/ ١٥٨، المحرر ١/ ٣٥١، الفروع ٤/ ٣٨٣، المبدع ٥/ ٢٦، الإنصاف ٥/ ٤١٩.
(٢) تحفة الفقهاء ٣/ ٢٢، المبسوط ٢٢/ ١٧٨، الهداية ٣/ ٢١١، مجمع الضمانات ص٣٠٥، مجمع الأنهر ٢/ ٣٢٤، الفتاوى الهندية ٤/ ٣٠٥.
(٣) حاشية الدسوقي ٣/ ٥٢٨، شرح منح الجليل ٣/ ٦٨٧.
(٤) الوجيز ١/ ٢٢٣، المهذب ١/ ٣٩٤، روضة الطالبين ٥/ ١٢٨، مغني المحتاج ٢/ ٣١٦، فتح الوهاب ١/ ٢٤٢.
(٥) الإنصاف ٥/ ٤١٩.
(٦) المرجع السابق.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية الاستدانة عند عدم الإذن والتفويض بما يلي:

أن إذن رب المال للمضارب لم يتناول الإذن بالاستدانة، فلا يملكها(١).

ثانياً: أما قولهم بملكية الاستدانة عند التفويض العام ووجود المصالحة فالظاهر أنهم يستدلون عليه بما يلي:

أن رب المال إذا فوّض التصرف للمضارب تفويضاً عاماً فإنه يكون إذناً له بعمل جميع التصرفات التي يكون فيها مصلحة للمضاربة، فيدخل في ذلك الاستدانة إذا كان فيها مصلحة.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

استدلوا بالإضافة إلى ما استدل به أصحاب القول الأول على عدم الإذن والتفويض(٢) بما يلي:

أن الاستدانة إثبات زيادة في رأس المال من غير رضا صاحبه، بل

---

(١) المغني ٥/ ١٥٨، المبدع ٥/ ٢٦.

(٢) المهذب ١/ ٣٩٤.

فيه إثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه؛ لأن ثمن المشترى برأس المال في باب المضاربة مضمون على رب المال، بدليل أن المضارب لو اشترى برأس المال ثم هلك المشترى قبل التسليم فإن المضارب يرجع إلى رب المال بمثله، فلو جوزّنا الاستدانة على مال المضاربة لألزمناه بزيادة ضمان لم يرض به، وهذا لا يجوز[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن تفويض رب المال للمضارب دليل على إذنه ورضاه بكل تصرف يتصرفه إذا كان فيه مصلحة للمضاربة، فيشمل هذا الإذن الاستدانة إذا كان فيها مصلحة للمضاربة.

أما أصحاب القول الثالث فلم أطلع على دليلٍ لهم.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة- والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية المضارب للاستدانة على مال المضاربة إلا بإذن رب المال أو تفويض منه إذا رأى المصلحة في ذلك؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن المقصود من عقد المضاربة هو تحقيق الربح؛ فإذا فوّض رب المال التصرف إلى المضارب ملك كل تصرف فيه مصلحة للمال، وتحقيق الربح فيه، ومن ذلك الاستدانة إذا كان فيها مصلحة.

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٩٠.

المطلب الثاني: الحكم إذا استدان المضارب بدون إذن رب المال عند القائلين باشتراط إذنه

تقدّم في المطلب السابق أن جمهور الفقهاء - وهم الحنفية، والمالكية، والشافعية، وبعض الحنابلة - قالوا بعدم ملكية المضارب للاستدانة على مال المضاربة إلا بإذن رب المال، ولكن ما الحكم إذا فعل ذلك؟.

ذكر الفقهاء للاستدانة حالتين:

الحالة الأولى: أن يشتري المضارب بعين مال المضاربة المستحق في عقد سابق.

وذلك كأن يكون رأس المال مائة ألف ريال، فاشترى بها المضارب سلعاً وأجّل دفع الثمن، ثم اشترى بعد ذلك سلعاً أخرى بعين المائة السابقة فإنه يكون مستديناً على المضاربة بمقدار مائة ألف ريال؛ لأن ما معه من مال واجب الدفع في العقد الأول.

وقد اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن الشراء الثاني باطل.

فقد قال بذلك الحنفية[1]، والمالكية[2].

والشافعية[3]، والحنابلة[4].

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٩٠، مجمع الضمانات ص٣٨٠ ، حاشية رد المحتار ٥/ ٦٥٠.

(٢) حاشية الدسوقي ٣/ ٥٢٨.

(٣) المهذب ١/ ٣٩٤، روضة الطالبين ٥/ ١٢٨، مغني المحتاج ٢/ ٣١٦.

(٤) المغني ٥/ ١٥٨، المبدع ٥/ ٢٦.

الدليل:

استدلوا بما يلي:

أن المضارب قد اشترى بمالٍ استحق تسليمه في البيع الأول، فلم يصح[١].

الحالة الثانية: أن يشترى المضارب في الذمة، ولا يعين الثمن الذي اشترى به.

وقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة هل يقع شراؤه له، أو يحق لرب المال أن يجيزه فيلحق المضاربة، وذلك على قولين:

القول الأول: أن ما استدانه المضارب يكون له، ويدفع ثمنه من مال نفسه، ويختص بربحه وخسارته.

وبهذا قال الحنفية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

القول الثاني: أنه إذا أجاز رب المال استدانة المضارب صحت، فيدفع ثمن ما استدانه، ويكون ملكاً للمضاربة وعلى شرطها، ويصير رأس مالها مجموع المالين: رأس المال الأول، وثمن ما استدانه المضارب.

---

(١) المهذب ١/ ٣٩٤، المغني ٥/ ١٥٨.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٩٠، مجمع الضمانات ص ٣٠٨.

(٣) المهذب ١/ ٣٩٤، روضة الطالبين ٥/ ١٢٨، مغني المحتاج ٢/ ٣١٦، أسنى المطالب ٢/ ٣٨٦.

(٤) المغني ٥/ ١٥٨.

وإن لم يجزها كان ما اشتراه ملكاً خاصاً به.

وبهذا قال المالكية[١].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن المضارب قد اشترى في ذمته لغيره ما لم يأذن له في شرائه، فوقع الشراء له[٢].

دليل القول الثاني:

أما أصحاب القول فلم أطلع على دليلٍ لهم، ولكن يمكن الاستدلال لهم بما يلي:

أن المضارب عند الشراء قد قصد الشراء للمضاربة، فيكون الحق في الإجازة والامتناع لرب المال، فإن أجاز الشراء صح، وإن امتنع كان للمضارب؛ لأنه العاقد.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن رب المال لم يأذن للمضارب بهذا العقد في الأصل، فعقد المضارب له دليلٌ على أنه أراد العقد لنفسه لا للمضاربة، فيلزمه، فإن رغب رب المال إدخاله في المضاربة فإن له ذلك بعقد جديد.

---

(١) حاشية الدسوقي ٣/ ٥٢٨.

(٢) المهذب ١/ ٣٩٤، أسنى المطالب ٢/ ٣٨٦، المغني ٥/ ١٥٨.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة - والله أعلم بالصواب - هو القول الأول القائل بأن ما استدانه المضارب يكون له، ويدفع ثمنه من مال نفسه، ويختص ربحه وخسارته؛ لما استدلوا به، ولأن شراء المضارب في هذه الحالة مع عدم إذن رب المال له دليلٌ على أن شراءه لنفسه لا للمضاربة.

المبحث الرابع

رهن المضارب مال المضاربة، وأخذه للرهن عليه

إذا اشترى أو باع المضارب نسيئة، فهل يملك إعطاء الرهن من مال المضاربة، أو لا يملكهما؟.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن المضارب يملك رهن مال المضاربة، وأخذ الرهن عليه بدون إذن رب المال.

وبهذا قال الحنفية[١]، وهو الرواية الصحيحة عن الإمام أحمد، وبها أخذ بعض أصحابه، وهو الصحيح من المذهب عندهم[٢].

القول الثاني: أن المضارب لا يملك رهن مال المضاربة، ولا أخذ الرهن عليه إلا بإذن رب المال.

وهذا مقتضى قول المالكية، حيث قالوا - كما سبق[٣] -بعدم ملكية المضارب للبيع والشراء نسيئة، والرهن وأخذه وإنما هو لأجل ذلك فلا يملكهما.

---

(١) تحفة الفقهاء ٣/ ٢٢، المبسوط ٢٢/ ١٢٣، الهداية ٣/ ٢١٠، فتاوى قاضيخان ٣/ ١٦٦، الدر المختار ٥/ ٦٤٩، مجمع الضمانات ص٣٠٥، اللباب ٢/ ١٣٢.

(٢) المحرر ١/ ٣٥١، الفروع ٤/ ٣٨٢.

(٣) ص١٥٧، و ص١٦١.

وبه قال الإمام الشافعي حيث قال في الأم: «وليس للمقارض أن يرهن..»[(١)].

وهو مقتضى قول أصحابه حيث قالوا - كما سبق[(٢)] - بعدم ملكيته للبيع والشراء نسيئة، والرهن وأخذه لأجل ذلك فلا يملكهما.

وهو رواية عن الإمام أحمد، وبها أخذ بعض أصحابه[(٣)].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن عقد المضاربة مطلق، والمقصود منه الاسترباح، وهو لا يتحقق إلا بالتجارة فيدخل في العقد أنواع التجارة، وما هو من صنيع التجار، والرهن وأخذه من صنيعهم فيدخل في المضاربة، فيملكه المضارب[(٤)].

٢. أن الرهن والارتهان من باب الإيفاء والاستيفاء، والمضارب يملك ذلك بمقتضى العقد، فيملك الرهن والارتهان[(٥)].

---

(١) الأم ٣/ ١٩٨.

(٢) ص١٥٧، وص١٦١.

(٣) المحرر ١/ ٣٥١، الفروع ٤/ ٣٨٢.

(٤) مجمع الأنهر ٢/ ٣٢٤، اللباب ٢/ ١٣٢، حاشية رد المحتار ٤/ ٦٤٩.

(٥) بدائع الصنائع ٦/ ٨٨، الهداية ٣/ ٢١٠.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية الرهن مع عدم الإذن بما يلي:

أن مال المضاربة مملوك لرب المال، فلا يملك المضارب رهنه إلا بإذنه[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته من وجهين:

الوجه الأول: لا نسلّم بأن رب المال مالك لجميع المال في جميع الأحوال، بل إن المضارب شريك له في الربح إذا ظهر ربح.

الوجه الثاني: أنه وإن كان رب المال مالكا لجميع المال إلا أن المضارب مالك للتصرف فيه بمقتضى عقد المضاربة، فيدخل في هذا التصرف رهنه.

ثانياً: أما قولهم بعدم ملكيته لأخذ الرهن عليه فالظاهر من كلامهم أنهم يستدلون عليه بما يلي:

أن المضارب لا يملك البيع والشراء نسيئة، والرهن وأخذه إنما يحتاج إليهما عند ذلك، فلا يملكهما تبعاً.

---

(١) الأم ٣/ ١٩٨.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشة بعدم التسليم بذلك، بل الراجح أنه يملك البيع والشراء نسيئة -كما سبق[1]- فيملك ما يحتاج إليه عند ذلك، وهو الرهن وأخذه.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة - والله أعلم بالصواب - هو القول الأول القائل بملكية المضارب لرهن مال المضارب، وأخذ الرهن عليه بدون إذن رب المال؛ لقوة ما استدلوا بهن، ولأنه لا ضرر فيه، إذ إن موضوع الرهن هو توثيق الدائن بأن يدفع له رهنا، كما أن موضوع أخذ الرهن هو التوثق لاستيفاء الدين وبما أن المضارب يملك استيفاء الثمن فإنه يملك الارتهان إذا باع نسيئة، وفي ذلك حفاظ على ديون المضاربة من الضياع، فيكون المضارب محسناً في أخذه الرهن ومراعياً لمصلحة المضاربة، فيملكه.

---

(١) ص ١٥٧، وص ١٦١.

المبحث الخامس

أخذ المضارب بمال المضاربة سفتجة، وإعطاؤه لها

إذا أراد المضارب أخذ سفتجة بمال المضاربة، أو طلب منه أحد إعطاءه سفتجة، فهل يملك هذا الأخذ والإعطاء بدون إذن رب المال، أو لابدّ من أخذ إذنه فيه؟.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن المضارب لا يملك أخذ سفتجة بمال المضاربة، ولا إعطاءها إلا بإذن صريح من رب المال.

وبهذا قال الحنفية[1].

وهو الظاهر من قول المالكية، والشافعية حيث قالوا - كما سبق[2] - بعدم ملكية المضارب للاستدانة، وأخذ السفتجة نوع استدانة، كما أنه الظاهر من قولهم - كما سبق[3]- عدم ملكيته للإقراض، وإعطاء السفتجة نوع إقراض.

وهو المذهب عند الحنابلة[4].

---

(١) تحفة الفقهاء ٣/ ٢٢، الهداية ٣/ ٢١١، فتاوى قاضيخان ٣/ ١٦٦، الفتاوى الهندية ٤/ ٢٩٢، الفتاوى البزازية ٦/ ٨١، البحر الرائق ٧/ ٢٦٥.

(٢) ص ٢١١.

(٣) ص٢٠٧-٢٠٨.

(٤) الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٦١-٢٦٢، ٢٦٧، الفروع ٤/ ٣٨٣، الإنصاف ٥/ ٤١٥.

القول الثاني: أن المضارب يملك أخذ السفتجة بمال المضاربة بدون إذن رب المال، ولا يملك إعطاءها إلا بإذنه.

وبهذا قال الحنابلة[١].

الأدلة:

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن أخذ السفتجة نوع من الاستدانة، وإعطاؤها إقراض، والمضارب لا يملك الاستدانة ولا الإقراض إلا بإذن رب المال[٢].

أدلة القول الثاني:

استدلوا على ملكية الأخذ بما يلي:

أولاً: استدلوا على ملكية الأخذ بما يلي:

أنه لا ضرر في أخذ المضارب بمال المضارب سفتجة، فيملكه[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بإطلاق عدم الضرر، بل قد يحصل الضرر بعدم الحصول على المال في البلد الذي أخذ المضارب السفتجة للحصول على المال فيه، إما لضياع الكتاب في الطريق، أو لعدم تصديق من أرسل إليه الكتاب لذلك، أو لعدم وجود المال عنده، أو غير ذلك

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) الإنصاف ٥/ ٤١٥.

من الاحتمالات الواردة في ذلك.

ثانياً: واستدلوا على عدم ملكية الإعطاء بما يلي:

أن في إعطاء المضارب سفتجة خطراً لم يؤذن له فيه، فلا يملكه[٢].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية المضارب لأخذ السفتجة بمال المضاربة ولا إعطائها إلا بإذن رب المال؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن المقصود من عقد المضاربة هو تحصيل الربح، وليس في أخذ السفتجة وإعطائها ربح.

---

(١) المغني ٥/ ١٣٠.

(٢) المرجع السابق.

المبحث السادس

توكيل المضارب غيره على مال المضاربة

قد يرغب المضارب في توكيل غيره للنيابة عنه في القيام ببعض أعمال المضاربة إما لسبب كعجزه عنها لكثرتها أو لكون القيام بها لا يليق به، أو لغير ذلك من الأسباب، أو بدون سبب، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن المضارب لا يملك التوكيل فيما يتولاه بنفسه، ويملك التوكيل فيما لا يمكنه توليه بنفسه إما لعجز، أو لكثرة أو نحو ذلك.

وهذا هو الظاهر من قول المالكية، والإمام الشافعي، والوجه الصحيح عند أصحابه حيث قالوا بذلك في توكيل الوكيل[1]، فكذلك المضارب؛ لأنه وكيل عن رب المال في مال المضاربة.

وبه قال جمهور الحنابلة، وهو الصحيح من المذهب عندهم[2].

---

(١) الكافي لابن عبد البر ٢/ ٧٨٦، مواهب الجليل ٥/ ٢٠١-٢٠٢، الأم ٣/ ٢٣٧، المهذب ٣٥٨، روضة الطالبين ٤/ ٣١٣، .

(٢) المحرر ١/ ٣٤٩، الإنصاف ٥/ ٧١٤، كشاف القناع ٣/ ٥٠١.

القول الثاني: أن المضارب يملك التوكيل على مال المضاربة مطلقاً.

وبهذا قال الحنفية[(١)]، وهو الظاهر من الوجه الثاني عند الشافعية، حيث قالوا بذلك في توكيل الوكيل[(٢)]، فكذلك المضارب؛ لأنه وكيل عن رب المال.

وبه قال بعض الحنابلة[(٣)].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

قياس المضارب على الوكيل، فكما أن الوكيل لا يملك التوكيل إلا فيما يعجز عنه أو لا يليق به مباشرته بنفسه، فكذلك المضارب؛ لأنه وكيل عن رب المال في مال المضاربة[(٤)].

أدلة القول الثاني:

أستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن للمضارب إقامة الأعمال كلها بنفسه، فيحتاج إلى الاستعانة بغيره في بعض الأعمال التي يعجز عنها، ولما دفع رب المال إليه مضاربة مع علمه بذلك صار آذناً له في الاستعانة بالغير فيما

---

(١) تحفة الفقهاء ٣/ ٢٢، المبسوط ١٩/ ١٠٢، ٢٢/ ٣٨، الكتاب للقدوري ٢/ ١٣، الهداية ٣/ ٢٠٣، فتاوى قاضيخان ٣/ ١٦٦، مجمع الضمانات ص٣٠٤-٣٠٥، البحر الرائق ٧/ ٢٦٤.

(٢) حلية العلماء ٥/ ١٢٠، روضة الطالبين ٤/ ٣١٣.

(٣) المحرر ١/ ٣٤٩، الإنصاف ٥/ ٤١٧، كشاف القناع ٣/ ٥٠١.

(٤) الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٦٠.

يعجز عن مباشرته بنفسه، فيملك التوكيل عليه[١].

٢. وهذا الدليل لا اعتراض عليه؛ لموافقته لما يقول به أصحاب القول الأول.

أن المضاربة قد انعقدت للتجارة، والتوكيل من عادة التجار، فيملكه المضارب.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بإطلاق ذلك؛ لأنهم إنما يوكلّون في العادة على ما لا يتولونه بأنفسهم إما لعجزهم عنه، أو لكونه لا يليق بهم مباشرته بأنفسهم، أو غير ذلك.

٣. أن التوكيل على مال المضاربة طريق للوصول إلى المقصود منها، وهو تحصيل الربح، فيملكه المضارب قياساً على الشريك[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بملكية الشريك للتوكيل مطلقا، بل الراجح أنه لا يملكه إلا فيما لا يتولاه بنفسه كما سبق[٣]، فكذلك المضارب.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو

---

(١) المبسوط ١٩/ ١٠٢.
(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٨٨.
(٣) ص ١٠١-١٠٢.

القول الأول القائل بعدم ملكية المضارب للتوكيل على مال المضاربة فيما يتولاه بنفسه، وملكيته له فيما لا يتولاه بنفسه؛ لما استدلوا به، ولأن المضاربة قد انعقدت على أن يتولى العامل بنفسه العمل في المال إذا كان يمكنه ذلك، فلا يصح له المخالفة بتوليته لغيره إلا بإذن صاحبه، ولأن رب المال إنما رضي بيد العامل ولم يرض بيد غيره فلا يصح له وضعه في يد غيره إلا بإذن صاحبه، إلا إذا كان لا يمكنه توليه بنفسه؛ لأن ذلك قد أذن فيه رب المال ضمنيا؛ لأنه يعلم حين العقد أن من الأعمال ما لا يمكن للعامل أن يتولاه بنفسه، ففي العقد دلالة ضمنية على التوكيل فيه.

المبحث السابع
مشاركة المضارب بمال المضاربة

إذا أراد المضارب أن يعقد مع آخر شركة عنان بحيث يدفع ما معه من مال المضاربة سهما في هذه الشركة، ويساهم الآخر بمبلغ مقابل، ويشتركان في العمل والربح، فهل يملك المضارب ذلك بمطلق العقد، أو بتفويض، أو لابد من الإذن الصريح من رب المال؟.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن المضارب لا يملك المشاركة بمال المضاربة إلا بإذنٍ أو تفويضٍ من رب المال.

وبهذا قال الحنفية[(١)]، والحنابلة، حيث قال ابن قدامة بعد بيان أن المضارب لا يملك الخلط إلا بالتفويض: «..وهكذا القول في المشاركة ليس له فعلها إلا أن يقول اعمل برأيك فيملكها»[(٢)].

القول الثاني: أن المضارب لا يملك المشاركة بمال المضاربة إلا بإذنٍ صريحٍ من رب المال.

---

(١) تحفة الفقهاء ٣/ ٢٢، المبسوط ٢٢/ ٣٩-٤٠،١٠٢، النتف في الفتاوى ١/ ٥٤٣، الهداية ٣/ ٢٠٤، ٢١٠، الفتاوى الهندية ٤/ ٢٩٢.

(٢) المغني ٥/ ١٦٢.

وبهذا قال الإمام مالك، وأصحابه[١].

وهو الظاهر من قول الشافعية، حيث قالوا بعدم ملكية المضارب لخلط مال المضاربة بماله[٢]، فكذلك المشاركة، لأنها خلط له بمال غيره.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على ملكية المشاركة مع الإذن أو التفويض بما يلي:

١. أن رب المال قد رضي بمشاركة المضارب دون غيره، والمشاركة أمر عارض لا تتوقف عليه التجارة، فلا تدخل تحت مطلق العقد، لكنها جهة في التثمير فمن هذا الوجه توافق عقد المضاربة، فتدخل عند وجود دلالة وهي التفويض، أو وجود الإذن[٣].

٢. أن رب المال إذا فوض المضارب كأن قال له: اعمل ما تراه، فقد فوض الأمر في هذا المال إلى رأيه على العموم وقد علمنا أن مراده التعميم فيما هو من صنع التجار عادة، فيملك به الشركة، لأنها من صنع التجار[٤].

---

(١) المدونة ٥/ ١٠٣-١٠٤، التفريع ٢/ ١٩٥، مختصر خليل ص ٢٣٦-٢٣٧، أصول الفتيا ص ١٥٣، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٧٦.

(٢) روضة الطالبين ٥/ ١٤٨.

(٣) الهداية ٣/ ٢١٠،٢١١، البناية للعيني ٧/ ٧٠٥-٧٠٦.

(٤) المبسوط ٢٢/ ٤٠.

ثانياً: واستدلوا على عدم ملكية المشاركة مع عدم الإذن أو التفويض بما يلي:

١. أن الشركة أعم من المضاربة، والشيء لا يستتبع مثله، فما فوقه أولى[١].

٢. أن الشركة بمنزلة الدفع مضاربة، بل أقوى منه، والمضارب لا يملك الدفع مضاربة، فلا يملك الشركة[٢].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن المضارب لا يملك دفع مال المضاربة إلى غيره مضاربة إلا بإذن رب المال، فكذلك لا يملك المشاركة به إلا بإذنه[٣].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته من وجهين:

الوجه الأول: لا نسلم بأن المضارب لا يملك دفع مال المضاربة إلى غيره مضاربة إلا بالإذن الصريح، بل الراجح أنه يملكه أيضاً عند التفويض كما سيأتي إن شاء الله[٤] فكذلك المشاركة.

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٩٦.
(٢) المبسوط ٢٢/ ٣٩.
(٣) المدونة ٥/ ١٠٤.
(٤) ص ٢٣٦-٢٣٧.

الوجه الثاني: أن التفويض يُعَدُّ إذناً مطلقاً بالتجارة، والشركة من وسائل التجارة، فيكون مأذوناً فيها.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذا المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية المضارب للمشاركة بمال المضاربة إلا بإذن رب المال أو تفويضه، لقوة ما استدلوا به، ولأن هذا متعارف عليه بين التجار، وهو سبيل إلى تحقيق الربح الذي هو مقصود المضاربة، فكان داخلا تحت التفويض العام، ولا يفتقر إلى الإذن الصريح من رب المال وإلا بطلت ثمرة التفويض.

المبحث الثامن

دفع المضارب مال المضاربة إلى غيره مضاربة

لما كان المقصود من عقد المضاربة تحصيل الربح عن طريق الاتجار بوسائل التجارة المختلفة فقد يرغب المضارب الاتجار عن طريق الدفع إلى غيره مضاربة، فهل يملك ذلك مطلقا، أو لا يملكه إلا بإذنٍ صريحٍ من رب المال، أو يملكه بالإذن أو التفويض؟.

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن المضارب يملك دفع مال المضاربة إلى غيره مضاربة إذا أذن له رب المال إذناً صريحاً في ذلك.

فقد قال بذلك الحنفية(١)، والمالكية(٢).

والشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

وقد نقل الاتفاق على ذلك ابن قدامة حيث قال: «وإن إذن رب المال في دفع المال مضاربة جاز ذلك، نصّ عليه أحمد، ولا نعلم فيه خلافاً»(٥).

(١) تحفة الفقهاء ٣/ ٢٢، الهداية ٣/ ٢٠٤، نتائج الأفكار ٧/ ٤٢٢.

(٢) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٧٤، شرح الخرشي ٦/ ٢١٤، الشرح الصغير ٢/ ١٦٨.

(٣) المهذب ١/ ٣٩٣، روضة الطالبين ٥/ ١٣٢.

(٤) المغني ٥/ ١٦١، الفروع ٤/ ٣٨٣، مطالب أولي النهى ٣/ ٥١٩.

(٥) المغني ٥/ ١٦١.

أما إذا لم يأذن بالكلية أو فوض التصرف إليه فقد اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المضارب يملك دفع مال المضاربة إلى غيره مضاربة إذا فوَّض رب المال التصرف إليه، ولا يملكه إذا لم يأذن له ولم يفوضه.

وبهذا قال الحنفية[1]، وهو الرواية الصحيحة عن الإمام أحمد، وبها أخذ أكثر أصحابه، وهو الصحيح من المذهب عندهم[2].

القول الثاني: أن المضارب لا يملك دفع مال المضاربة إلى غيره مضاربة إلا بإذنٍ صريحٍ من رب المال.

وبهذا قال الإمام مالك، وأصحابه[3]، والشافعية[4].

وهو احتمال في مذهب الحنابلة، حيث قال ابن قدامة: «وإن قال اعمل برأيك أو بما أراك الله جاز له دفعه مضاربة .. ويحتمل أن لا يجوز له ذلك»[5].

---

(١) تحفة الفقهاء ٣/ ٢٢، المبسوط ٢٢/ ٣٩-٤٠، النتف في الفتاوى ١/ ٥٤٣، الهداية ٣/ ٢٠٣-٢٠٤، مجمع الضمانات ص ٣٠٤،٣٠٥، الفتاوى الهندية ٤/ ٢٩٩.

(٢) المغني ٥/ ١٩٥،١٦٢، المحرر ١/ ٣٥١، الفروع ٤/ ٣٨٣، الإنصاف ٥/ ٤٣٨، مطالب أولي النهى ٣/ ٥١٩.

(٣) المدونة ٥/ ١٠٤، البيان والتحصيل ١٢/ ٣٣٠-٣٣١، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٧٤، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ٥/ ١٦٩، القوانين الفقهية ص ٢٨٨.

(٤) مختصر المزني مع الأم ٨/ ٢٢١، الوجيز ١/ ٢٢٣، حلية العلماء ٥/ ٣٣٦، المهذب ١/ ٣٩٣، روضة الطالبين ٥/ ١٣٢.

(٥) المغني ٥/ ١٦٢.

القول الثالث: أن المضارب يملك دفع مال المضاربة إلى غيره مضاربة بدون إذنٍ من رب المال ولا تفويضٍ منه.

وهذا القول حكي رواية عن الإمام أحمد، وخرَّجه القاضي[١] وجها في مذهبه[٢].

لكن قال عنه ابن قدامة: «ولا يصح هذا التخريج»[٣].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية الدفع مضاربة مع عدم الإذن والتفويض بما يلي:

١. أن المضاربة مثل المضاربة، والشيء لا يستتبع مثله، فلا يستفاد بمطلق عقد المضاربة مثله، ولهذا لا يملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد، فكذلك المضارب هنا[٤].

٢. أن المضاربة تضمنت الأمانة أولاً، والوكالة ثانياً، وليس

---

(١) هو محمّد بن الحسين بن محمّد بن خلف الفراء، يكنى بأبي يعلى، قاضي القضاة، من كبار فقهاء الحنابلة، ولد سنة ٣٨٠هـ وكان عالم عصره في الفقه والأصول وأنواع الفنون، مع ما يتحلى به من الزهد والورع والعفة، ولي قضاء بغداد، وصنف مصنفات كثيرة منها: الروايتين والوجهين، والمجرد في الفقه، والعدة في أصول الفقه، توفي سنة ٤٥٨هـ.
(طبقات الحنابلة ٢/ ١٩٣-٢٣٠، المنهج الأحمد ٢/ ١٢٨-١٤٢، المقصد الأرشد ١/ ٣٩٥-٣٩٦).

(٢) المغني ٥/ ١٥٩، الفروع ٤/ ٣٨٣، الإنصاف ٥/ ٤٣٨.

(٣) المغني ٥/ ١٥٩.

(٤) بدائع الصنائع ٦/ ٩٥-٩٦، البناية للعيني ٧/ ٦٦٦، مجمع الأنهر ٢/ ٣٢٤.

للمودَع والوكيل الإيداع والتوكيل، فكذا المضارب لا يضارب مع غيره[1].

٣.أن المضارب بدفعه مال المضاربة إلى غيره مضاربة يسوى غيره بنفسه في حق غيره وهو لا يملك ذلك، كالوكيل بالبيع مطلقاً لا يوكل به غيره[2].

٤.أن دفع المضارب مال المضاربة إلى غيره مضاربة يوجب لغيره شركة في الربح، ورب المال لم يرض بالشركة لغيره في ربح ماله[3].

٥.أن رب المال إنما دفع المال إلى المضارب ليضارب به، ويدفعه لغيره يخرج عن ذلك، فلا يملكه إلا بإذن رب المال[4].

ثانياً: واستدلوا على ملكية الدفع مضاربة عند التفويض بما يلي:

١.أن رب المال إذا فوض التصرف إلى المضارب فقد فوض الأمر في هذا المال إلى رأيه على العموم، وقد علمنا أن مراده التعميم فيما هو من صنع التجار، فيملك به المضاربة، لأنها من صنيع التجار[5].

٢.أن المضارب يملك دفع مال المضاربة مضاربة إذا فوّض رب المال

---

(١) نتائج الأفكار ٧/ ٤٢٣.

(٢) المبسوط ٢٢/ ٣٩.

(٣) المرجع السابق، مطالب أولي النهى ٣/ ٥١٩.

(٤) الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٧٥.

(٥) المبسوط ٢٢/ ٤٠.

التصرف إليه؛ لأنه قد يرى أن يدفعه إلى من هو أبصر منه[١].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

قياس المضارب على الوكيل، فكما أن الوكيل يملك التوكيل فيما وكل فيه بدون إذن الموكل أو تفويضه، فكذلك الضارب يملك الدفع مضاربة بدون إذن رب المال أو تفويضه[٢].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة بأن هذا القياس ممتنع لوجهين:

الوجه الأول: أن رب المال إنما دفع المال إلى المضارب ليضارب به، وبدفعه إلى غيره يخرج عن كونه مضاربا به بخلاف الوكيل.

الوجه الثاني: أن الدفع يوجب في المال حقاً لغير ربه، ولا يجوز إيجاب حق في مال إنسان بغير إذنه[٣].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذا المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المضارب يملك دفع مال المضاربة إلى غيره مضاربة إذا فوض رب المال التصرف إليه، ولا يملكه إذا لم يأذن له ولم يفوضه؛ **لقوة**

---

(١) المغني ٥/ ١٦٢.
(٢) المغني ٥/ ١٥٩، الفروع ٤/ ٣٨٣، الإنصاف ٥/ ٤٣٨.
(٣) المغني ٥/ ١٥٩-١٦٠.

ما استدلوا به، ولأن المضاربة الثانية وسيلة من وسائل التجارة يقصد منها الربح، إذ قد يرى المضارب أن غيره أقدر منه على إدارة شؤون المضاربة وتحقيق الربح، فتكون المصلحة في عقد مضاربة مع غيره، ويكون هذا داخلا تحت التفويض.

المبحث التاسع
إبضاع المضارب مال المضاربة

قد يرغب المضارب في تنمية مال المضاربة وتحصيل الربح فيه عن طريق إبضاعه لغيره، فهل يملك ذلك مطلقا، أو لا يملكه إلا بإذنٍ صريحٍ من رب المال أو يملكه بالإذن أو التفويض؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المضارب لا يملك إبضاع مال المضاربة إلا بإذنٍ من رب المال أو تفويض منه.

وهذا هو الوجه الصحيح عند الحنابلة[1].

القول الثاني: أن المضارب لا يملك إبضاع مال المضاربة إلا بإذنٍ صريحٍ من رب المال.

وبهذا قال الإمام مالك، وأصحابه[2].

وهو الظاهر من قول الشافعية حيث قالوا كما سبق[3] بعدم ملكية الشريك للإبضاع إلا بإذنٍ صريحٍ من شريكه، فكذلك المضارب، لأنه شريك لرب المال.

القول الثالث: أن المضارب يملك إبضاع مال المضاربة مطلقاً.

---

(١) المحرر ١/ ٣٥١، الفروع ٤/ ٣٨٢.

(٢) المدونة ٥/ ١٠٦، الإشراف ٢/ ٦١، الشرح الكبير للدردير ٣/ ٥٢١، حاشية الخرشي ٦/ ٢٠٨، التاج والإكليل ٥/ ٣٦٢.

(٣) ص١١٢.

وبهذا قال الحنفية[١]، وهو وجه عند الحنابلة[٢].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

يمكن الاستدلال لأصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: يمكن الاستدلال لهم على عدم ملكية المضارب للإبضاع إلا عند الإذن بما سيأتي من أدلة أصحاب القول الثاني

ثانياً: ويمكن الاستدلال لهم على ملكية المضارب للإبضاع عند التفويض بما يلي:

أن رب المال إذا فوض المضارب في العمل بمال المضاربة فقد أذن له في جميع أعمال التجارة، والإبضاع منها، فيكون داخلا في الإذن، فيملكه المضارب.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن رب المال قد رضي بأمانة المضارب ونظره دون نظر غيره وأمانته فكان المضارب متعدياً بتسليم المال إلى غيره، وإخراجه عن يده، فوجب أن يضمن، كالوكيل إذا وكل غيره فيما أوتمن عليه ولم يؤذن له[٣].

---

(١) المبسوط ٢٢/ ٣٨، ١٣٢، بدائع الصنائع ٦/ ٨٧، فتاوى قاضيخان ٣/ ١٦٦، مجمع الأنهر ٢/ ٣٢٤، البحر الرائق ٧/ ٢٦٤، الفتاوى الهندية ٤/ ٢٩٢.

(٢) المحرر ١/ ٣٥١، الفروع ٤/ ٣٨٢.

(٣) الإشراف ٢/ ٦١.

٢. أن رب المال قد دفع المال إلى المضارب على وجه الأمانة؛ ليكون في يده، فلم يجز له دفعه إلى غيره، كالمودَع[١].

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن المضاربة قد انعقدت للتجارة، والإبضاع من عادة التجار، ويحتاج إليه المضارب لتحصيل الربح، فيملكه[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الإبضاع وإن كان من التجارة إلا أن فيه إخراجاً للمال من يد المضارب، فلابد فيه من الإذن وإن لم يكن صريحاً، وذلك بالتفويض.

٢. أن المضارب يملك الاستئجار في المال مع أنه استعمال بعوض، فكذلك يملك الإبضاع، بل هو أولى؛ لأنه استعمال بغير عوض[٣].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن التمكين من التصرف في المال في الاستئجار ليس كالتمكين في الإبضاع، بل هو أقل، لأن المستأجر إنما يتصرف بالقدر الذي استؤجر له، ولا يعطى التصرف المطلق، أما المبضع فهو يتمكن

---

(١) المرجع السابق.

(٢) المبسوط ٢٢/ ٣٨، بدائع الصنائع ٦/ ٨٧، مجمع الأنهر ٢/ ٣٢٤، اللباب ٢/ ١٣٢.

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ٨٧.

من العمل في المال بكل وسائل التجارة، وبناء على ذلك يكون الإبضاع أوسع في التصرف من الاستئجار، فلا يقاس عليه.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية المضارب لإبضاع مال الشركة إلا بإذن رب المال أو تفويض منه، لقوة ما استدلوا به، ولأن في الإبضاع وضعا للمال في يد الغير بغير رضا صاحبه فإذا أذن أو فوض دلَّ ذلك على رضاه.

المبحث العاشر
استئجار المضارب للمضاربة

إذا أراد المضارب استئجار من يساعده في أعمال المضاربة، أو استئجار الأماكن لحفظ بضائع المضاربة فيها، أو استئجار وسائل النقل لنقل البضائع من مكان آخر، أو نحو ذلك، ودفع الأجرة من مال المضاربة، فهل يملك ذلك بمطلق العقد، وفي جميع الأحوال، أو لا؟.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن المضارب لا يملك الاستئجار للمضاربة إذا كان مما جرت العادة أن يتولاه بنفسه فإن فعل ضمن من ماله الخاص، ويملكه إذا كان مما لم تجر العادة بتوليه نفسه.

وبهذا قال الإمام مالك، وأصحابه[(١)]، والشافعية[(٢)]، والحنابلة[(٣)].

القول الثاني: أن المضارب يملك الاستئجار من مال المضاربة مطلقاً.

وهذا هو الظاهر من قول الحنفية[(٤)].

---

(١) المدونة ٥/ ٩٣، المنتقى شرح موطأ مالك ٥/ ١٧٣، جواهر الإكليل ٢/ ١٧٦.

(٢) مختصر المزني مع الأم ٨/ ٢٢١، المهذب ١/ ٣٩٣، روضة الطالبين ٥/ ١٣٤-١٣٥، مغني المحتاج ٢/ ٣١١، نهاية المحتاج ٥/ ٢٣٦.

(٣) المغني ٥/ ١٦٧، المحرر ١/ ٣٥٢، الفروع ٤/ ٣٨٤.

(٤) تحفة الفقهاء ٣/ ٢٢، المبسوط ٢٢/ ٣٨-٢٩، فتاوى قاضيخان ٣/ ١٦٦، مجمع الضمانات ص ٣٠٥، مجمع الأنهر ٢/ ٣٢٤، الفتاوى البزازية ٦/ ٧٥.

قال الكاساني: «وله أن يستأجر من يعمل في المال؛ لأنه من عادة التجار»[١].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية المضارب للاستئجار فيما جرت العادة توليه له بنفسه بما يلي:

١. أن الإذن في المضاربة مطلق، والمطلق يحمل على العرف، فما كان في العرف يتولاه المضارب بنفسه فإنه لا يملك الاستئجار عليه في مال المضاربة[٢].

٢. أن المضارب مستحق للربح في مقابل عمله في المال، فلا يملك الاستئجار عليه، فإن فعل فالأجرة عليه خاصة، لأن العمل عليه[٣].

ثانياً: واستدلوا على ملكية المضارب للاستئجار فيما لم تجر العادة بتوليه له بنفسه بما يلي:

١. أن العمل في المضاربة غير مشروط، لمشقة اشتراطه، فرجع فيه إلى العرف، فما كان في العرف لا يتولاه فإنه يملك الاستئجار عليه[٤].

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٨٨.
(٢) المهذب ١/ ٣٩٣، الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٧١-٢٧٢.
(٣) المغني ٥/ ١٦٧.
(٤) المهذب ١/ ٣٩٣، المغني ٥/ ١٦٧.

٢. أن الاستئجار على مال المضاربة فيما لم تجر العادة بتولي المضارب له يُعَدُّ من تتمة التجارة ومصالحها، فيكون في مالها[(١)].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن المضاربة قد انعقدت للتجارة، والاستئجار من عادات التجار، وضرورات التجارة؛ لأن الإنسان قد لا يتمكن من جميع الأعمال بنفسه، فيحتاج إلى الأجير[(٢)].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن عادة التجار إنما هي الاستئجار فيما لا يتولونه بأنفسهم، وما يحتاجون فيه إلى ذلك، وليس في كل شيء، فكذلك المضارب.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المضارب لا يملك الاستئجار للمضاربة إذا كان مما جرت العادة أن يتولاه بنفسه، فإن فعل ضمنه من ماله الخاص، ويملكه فيما لا يتولاه بنفسه، وما يحتاج إليه؛ لقوة ما استدلوا به، ولأنه يحصل بذلك الجمع بين مقتضى المضاربة من تولى المضارب للعمل، والتيسير على العامل بعدم تكليفه بالعمل فيما لا يتولاه بنفسه.

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ٣١٨، نهاية المحتاج ٢/ ٢٣٦، أسنى المطالب ٢/ ٣٨٧.

(٢) المبسوط ٢٢/ ٣٩، بدائع الصنائع ٦/ ٨٨، مجمع الأنهر ٢/ ٣٢٤.

المبحث الحادي عشر

إيداع المضارب مال المضاربة

قد يحتاج المضارب إلى إيداع بعض أموال المضاربة عند غيره، سواء أكان المال نقدا أم عروضاً، فهل يملك ذلك بمطلق العقد، أو لابد من إذن رب المال؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المضارب لا يملك إيداع مال المضاربة إلا بإذن رب المال إلا عند الحاجة لذلك كالخوف عليه من التلف.

وبهذا قال الإمام مالك، وأصحابه[١].

وهو رواية عن الأمام أحمد، وهو الوجه الصحيح عند أصحابه[٢].

القول الثاني: أن المضارب يملك إيداع مال المضاربة مطلقاً.

وبهذا قال الحنفية[٣].

القول الثالث: أن المضارب لا يملك إيداع مال المضاربة إلا بإذن رب المال مطلقاً.

---

(١) المدونة ٥/ ١٠٣-١٠٤، الإشراف ٢/ ٦١، القوانين الفقهية ص ٢٨٨، الشرح الصغير ٢/ ١٦٨.

(٢) المحرر ١/ ٣٥١، الفروع وتصحيحه ٤/ ٣٨٢، الإنصاف ٥/ ٤١٦.

(٣) النتف في الفتاوى ١/ ٥٣٧ مع ص ٥٤٢، تحفة الفقهاء ٣/ ٢٢، المبسوط ٢٢/ ٣٨، ١٣٢، الهداية ٣/ ٢٠٣-٢١٠، مجمع الضمانات ص ٣٠٤، ٣٠٦، كشف الحقائق ٢/ ١٣٥.

وبهذا قال الإمام أحمد في رواية عنه، وهو وجه عند أصحابه[١].

لكن قال المرداوي عن هذا الوجه: «(قلت): وهو ضعيف مع الحاجة»[٢].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن رب المال قد رضي بأمانة المضارب ونظره دون نظر غيره وأمانته، فكان العامل متعدياً بتسليم المال إلى غيره، وإخراجه عن يده، فلا يملك ذلك إلا عند الحاجة[٣].

٢. أن رب المال قد دفع المال إلى المضارب على وجه الأمانة؛ ليكون في يده، فلم يجز له دفعه إلى غيره إلا لحاجة، قياساً على المودَع[٤].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن المضاربة قد انعقدت للتجارة، والإيداع من عمل التجار، فيملكه المضارب بدون إذن رب المال[٥].

---

(١) المحرر ١/ ٣٥١، الفروع وتصحيحه ٤/ ٣٨٢، الإنصاف ٥/ ٤١٦.

(٢) تصحيح الفروع ٤/ ٣٨٢.

(٣) الإشراف ٢/ ٦١.

(٤) المرجع السابق.

(٥) بدائع الصنائع ٦/ ٨٧، كشف الحقائق ٢/ ١٣٥، مجمع الأنهر ٢/ ٣٢٤.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن عادة التجار الإيداع مطلقا، وإنما عادتهم الاتجار بأموالهم وعدم إيداعها إلا عند الحاجة إليه كالخوف عليها من التلف أو السرقة أو نحو ذلك.

دليل القول الثالث.

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الإيداع ليس من المضاربة، وفيه غرر، فلا يملكه المضارب إلا بإذن رب المال(١).

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بالتسليم بأن الإيداع ليس من المضاربة، ولكن عند الحاجة كالخوف على المال من التلف ليس القصد منه المضاربة، وإنما القصد منه حفظ المال، وحفظه واجب على المضارب.

أما قولهم بأن في الإيداع غرراً فلا يسلم بذلك، بل فيه حفظ المال من الضياع والتلف.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية المضارب لإيداع مال المضاربة إلا بإذن رب المال إلا عند الحاجة لذلك كالخوف عليه من التلف أو الضياع أو نحو ذلك؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من الجمع بين تحقيق حفظ المال، وتحصيل الربح الذي هو المقصود من عقد المضاربة.

---

(١) المغني ٥/ ١٣٢.

المبحث الثاني عشر
تبرع المضارب بمال المضاربة

إذا أراد المضارب أن يتبرع لأحد بشيء من مال المضاربة إما طلبا للثواب الأخروي بالصدقة، وإما توددا لأحد بالهبة، أو غير ذلك، فهل يملك ذلك بدون إذن رب المال، أو لابد من أخذ إذنه؟.

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن المضارب لا يملك التبرع بشيء من مال المضاربة سواء كان بالهبة، أم الصدقة، أم غير ذلك إلا بإذنٍ صريحٍ من رب المال.

فقد قال بذلك الحنفية(١)، والمالكية(٢).

والشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

١. أن إطلاق عقد المضاربة يقتضي التعميم في كل ما هو من صنيع التجار، والتبرع ليس من صنيعهم، لأن الربح المقصود عندهم لا يحصل به، فلا يملكه المضارب إلا بإذنٍ صريحٍ من رب المال(٥).

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٩٢، مجمع الضمانات ص ٣٠٥، مجمع الأنهر ٢/ ٣٢٤، الفتاوى الهندية ٤/ ٢٩٢، البناية للعيني ٧/ ٦٦٧، البحر الرائق ٧/ ٢٦٩.

(٢) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٧٣، شرح الخرشي ٦/ ٢٢٦، جواهر الإكليل ٢/ ١٧٨، حاشية الدسوقي ٣/ ٥٣٨.

(٣) روضة الطالبين ٥/ ١٣٥، مغني المحتاج ٢/ ٣١٧، فتح الجواد ١/ ٥٧٧.

(٤) المحرر ١/ ٣٥١، الفروع ٤/ ٣٨٣، الإنصاف ٥/ ٤١٤.

(٥) بدائع الصنائع ٦/ ٩٢، مجمع الأنهر ٢/ ٣٢٤، مطالب أولي النهى ٣/ ٥١٩.

٢.أن تبرع المضارب بشيء من مال المضاربة بالهبة، أو الصدقة، أو نحو ذلك تبرع بأصل المال بحيث يخرج عن ملك رب المال، وعن تصرف المضارب، ومال الغير لا يحتمل التبرع إلا بإذنه[1].

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٩٢.

المبحث الثالث عشر
إعتاق المضارب لعبد المضاربة أو أمتها

إذا كان مال المضاربة يشتمل على عبد أو أمة فهل يملك المضارب إعتاق ذلك العبد أو الأمة بمطلق العقد، أو لابد من إذن رب المال في ذلك؟.

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على عدم ملكية المضارب لاعتاق عبد المضاربة أو أمتها إلا بإذنٍ صريحٍ من رب المال.

فقد قال بذلك الحنفية[١].

وهو الظاهر من قول المالكية، حيث قال ابن عبدالبر: «ولا يجوز للعامل أن يحابي في المال، ولا يصنع منه معروفاً، ولا يكافىء منه أحداً على هدية أو غيرها»[٢].

والعتق من صنع المعروف.

كما أنه الظاهر أيضاً من قول الشافعية، حيث قال النووي: «ليس للعامل أن يكاتب عند القراض بغير إذن المالك»[٣].

وإذا كان لا يملك المكاتبة إلا بإذن رب المال فالعتق أولى، لأنه لا

---

(١) النتف في الفتاوى ١/ ٥٣٨، مع ص ٥٤٢، المبسوط ٢٢/ ١٠٩، الهداية ٣/ ٢١١، فتاوى قاضيخان ٣/ ١٦٦، مجمع الضمانات ص ٣٠٥، الفتاوى الهندية ٤/ ٢٩٢.
(٢) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٧٣.
(٣) روضة الطالبين ٥/ ١٣١.

عوض فيه.

وبه قال الحنابلة[١].

الدليل:

استدلوا بما يلي:

أن المضاربة قد انعقدت بقصد التجارة، والعتـق ليـس مـن التجـارة، ولا من عمل التجار، لأنه تبرع، فلا يملكه المضارب إلا بإذنٍ صريحٍ من رب المال[٢].

(١) المحرر ١/ ٣٥١، الفروع ٤/ ٣٨٣.

(٢) الهداية ٣/ ٢١١، البناية للعيني ٧/ ٧٠٨، مجمع الضمانات ص ٣٠٥.

المبحث الرابع عشر
مكاتبة المضارب لعبد المضاربة أو أمتها

إذا كان مال المضاربة يشتمل على عبد أو أمة، فهل يملك المضارب مكاتبة ذلك العبد أو الأمة بمطلق العقد، أو لابد من إذن رب المال في ذلك؟.

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على عدم ملكية المضارب لمكاتبة عبد المضاربة أو أمتها إلا بإذنٍ صريحٍ من رب المال.

فقد قال بذلك الحنفية[1].

وهو الظاهر من قول المالكية، حيث قال ابن عبدالبر كما سبق: «ولا يجوز للعامل أن يحابي في المال، ولا يصنع منه معروفاً»[2].

والمكاتبة وإن كان فيها عوض إلا أن فيها شيئاً من المعروف، وذلك بالموافقة عليها.

وبه قال الشافعية[3]، والحنابلة[4].

الدليل:

استدلوا بما يلي:

أن الكتابة ليست بتجارة، لهذا لا يملكها المأذون له في التجارة، فلا يملكها المضارب إلا بإذن رب المال[5].

---

(١) النتف في الفتاوى ١/ ٥٣٨، مع ص ٥٤٢، المبسوط ٢٢/ ١٢٢، الهداية ٣/ ٢١١، فتاوى قاضيخان ٣/ ١٦٦، بدائع الصنائع ٦/ ٩٢، مجمع الضمانات ص ٣٠٥، الفتاوى الهندية ٤/ ٣١٤.

(٢) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٧٣.

(٣) روضة الطالبين ٥/ ١٣١، مغني المحتاج ٢/ ٣١٧، أسنى المطالب ٢/ ٣٨٦.

(٤) المغني ٥/ ١٥٩، المحرر ١/ ٣٥١، الفروع ٤/ ٣٨٣.

(٥) المبسوط ٢٢/ ١٢٢، بدائع الصنائع ٦/ ٩٢، الهداية ٣/ ٢١١، مجمع الضمانات ص ٣٠٥.

المبحث الخامس عشر

تزويج المضارب لعبد المضاربة أو أمتها

إذا كان مال المضاربة يشتمل على عبد أو أمة فأراد المضارب تزويجه إما بطلب منه أو بغير طلب فهل يملك ذلك بمطلق العقد، أو لابد من إذن رب المال؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن المضارب لا يملك تزويج عبد المضاربة أو أمتها إلا بإذن رب المال.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة، وتلميذه محمّد بن الحسن[(١)].

وهو الظاهر من قول المالكية، حيث قال ابن عبدالبر كما سبق: «ولا يجوز للعامل أن يحابي في المال، ولا يصنع منه معروفاً، ولا يكافىء منه أحداً على هدية أو غيرها»[(٢)].

وتزويج العبد أو الأمة فيه نوع من صناعة المعروف.

وبه قال الشافعية[(٣)]، والحنابلة[(٤)].

---

(١) النتف في الفتاوى ١/ ٥٣٨ مع ص ٥٤٢، المبسوط ٢٢/ ١٢٢، بدائع الصنائع ٦/ ٩٥، الهداية ٣/ ٢١١، الدر المختار ٥/ ٦٥١، اللباب ٢/ ١٣٧، البحر الرائق ٧/ ٢٦٤.

(٢) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٧٣.

(٣) مغني المحتاج ٢/ ٣١٨، نهاية المحتاج ٥/ ٢٣٧، أسنى المطالب ٢/ ٣٨٨.

(٤) المغني ٥/ ١٥٩، المحرر ١/ ٣٥١، الفروع ٤/ ٣٨٣، مطالب أولي النهى ٣/ ٥١٩.

القول الثاني: أن المضارب يملك تزويج أمة المضاربة، ولا يملك تزويج عبدها إلا بإذن رب المال.

وبهذا قال أبو يوسف من الحنفية[١].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن رب المال قد فوض إلى المضارب التجارة في المال، والتزويج ليس من التجارة، فإن التجار ما اعتادوه، ولا يعرف في بلد من البلدان سوقاً للتزويج، والمضارب كغيره من الأجانب فيما ليس بتجارة، ولهذا لا يملك المكاتبة؛ لأن الكتابة ليست بتجارة وإن كان فيها اكتساب المال، فكذلك تزويج الأمة[٢].

٢. أن تزويج المضارب لأمة المضاربة ينقصها، فيضر برب المال، فلا يملكه[٣].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن في تزويج الأمة اكتسابا للمال، وإسقاطا لنفقتها من مال المضاربة، وذلك بمنزلة بيعها وإجارتها، فيملكه المضارب، أما تزويج العبد فهو

---

(١) المبسوط ٢٢/ ١٢٢، بدائع الصنائع ٦/ ٩٥، الهداية ٣/ ٢١١، اللباب ٢/ ١٣٧.

(٢) المبسوط ٢٢/ ١٢٢، بدائع الصنائع ٦/ ٩٥، الهداية ٣/ ٢١١، اللباب ٢/ ١٣٨، مطالب أولي النهى ٣/ ٥١٩.

(٣) مغني المحتاج ٢/ ٣١٨، نهاية المحتاج ٥/ ٢٣٧، أسنى المطالب ٢/ ٣٨٨، المغني ٥/ ١٥٩.

إضرار لا منفعة فيه للمضاربة فلا يملكه إلا بإذن رب المال[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن تزويج الأمة وإن كان فيه اكتساب للمال إلا إنه تصرف في مال المضاربة، وتصرف المضارب فيه يفتقر إلىإذن رب المال، والإذن إما أن يكون صريحا، أو غير صريح وذلك بإطلاق العقد، وكل منهما غير متوفر وذلك أن الإذن الصريح لم يوجد، وإطلاق العقد إنما يقتصر الإذن فيه على ما كان من أعمال التجارة، والتزويج ليس منها، كما سبق في أدلة أصحاب القول الأول، هذا بالإضافة إلى أن التزويج من التصرفات التي تضر بالمال؛ لأنه ينقص قيمة الأمة، فلا يملكه المضارب إلا بإذنٍ صريحٍ.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المضارب لا يملك تزويج عبد المضاربة أو أمتها إلا بإذنٍ صريحٍ من رب المال، لقوة ما استدلوا به، ولأن تصرفات المضارب مقيدة بإذن رب المال، ولم يأذن بذلك لا صراحة ولا دلالة بإطلاق العقد؛ لأن الإطلاق إنما ينصرف إلى ما كان من التجارة؛ لأنها هي المقصود من عقد المضاربة، والتزويج ليست من التجارة، فلابد فيه من الإذن الصريح من رب المال.

---

(١) المبسوط ٢٢/ ١٢٢، الهداية ٣/ ٢١١، اللباب ٢/ ١٣٨.

المبحث السادس عشر
وطء المضارب لأمة المضاربة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: ملكية المضارب لوطء أمة المضاربة.

المطلب الثاني: حد المضارب إذا وطئها.

المطلب الثالث: ما يلزم المضارب إذا وطئ أمة المضاربة بالنسبة لمال المضاربة.

المطلب الأول: ملكية المضارب لوطء أمة المضاربة

إذا كان مال المضاربة يشتمل على أمة أو إماء، فهل يملك وطأها أو وطء إحداهن، أو لا يملك ذلك؟.

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة، على أن المضارب لا يملك وطء أمة المضاربة، ولا يجوز له ذلك.

فقد قال بذلك الحنفية[١]، والمالكية[٢].

والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

ووافقهم ابن حزم[٥].

الأدلة:

استدلوا بأدلة من الكتاب، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من الكتاب:

قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۝٦

---

(١) النتف في الفتاوى ١/ ٥٣٨ مع ص ٥٤٢، المبسوط ٢٢/ ١٢٦، البحر الرائق ٧/ ٢٦٤، الفتاوى الهندية ٤/ ٢٩٣، حاشية رد المحتار ٥/ ٦٤٩.

(٢) التفريع ٢/ ١٩٨، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٧٨.

(٣) روضة الطالبين ٥/ ١٣٧، مغني المحتاج ٢/ ٣١٨، نهاية المحتاج ٥/ ٢٣٧، أسنى المطالب ٢/ ٣٨٨.

(٤) المغني ٥/ ١٥٨، الفروع ٤/ ٣٨٥، المبدع ٥/ ٢٩، الإقناع ٢/ ٢٦٣.

(٥) المحلى ٨/ ٢٤٩.

﴿فَمَنِ ٱبْتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُو۟لَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْعَادُونَ ۝٧﴾[1].

وأمة المضارب ليست زوجة للمضارب ولا مملوكة لـه، فـلا يحـل لـه وطؤها.

ثانياً: من المعقول:

١. أن أمة المضاربة لا تخلو: إما أن لا يكـون فيـها فضـل علـى رأس المال أو يكون. فإن لم يكـن فيـها فضـل فـهي ملـك لـرب المـال، ليست بزوجة للمضارب ولا مملوكة لـه، ولكـن للمضـارب فيـها حق نسبة الملك حتى أن رب المال لا يملك أخذها منـه، ولا نـهى المضارب عن التصرف فيها، فكان المضارب ممنوعاً عـن التصـرف والذي يختص بالملك فيها، والوطء ودواعيه من هذه الجملة.

٢. وإن كان فيها فضل فهي بمنزلة جارية مشتركة بين اثنين، فلا يحـل لواحد فيهما أن يطأها؛ لأن حل الوطء ينبني علـى ملـك المنفعـة، وإنما يستفاد ذلك بكمال ملك الرقبة وببعض العلة لا يثبت شـيء من الحكم[2]

قياس المضارب على الشريك، فكما أن الشريك لايملـك وطء الأمـة المشتركة، فكذلك المضارب لايملك وطء أمة المضاربة[3].

---

(١) سورة المؤمنون الآيات (٥-٧)، وسورة المعارج الآيات (٢٩-٣١).

(٢) المبسوط ٢٢/١٢٦.

(٣) كشاف القناع ٣/٥١٥.

المطلب الثاني: حدّ المضارب إذا وطيء أمة المضاربة

تقدم في المطلب السابق أن المضارب لا يملك وطء أمة المضاربة، ولكن إذا تعدى فوطئها فهل يجب عليه الحد، أو لا يجب ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن المضارب إذا وطئ أمة المضاربة وجب عليه الحد إن كان عالما بالتحريم ولم يحصل ربح، وإلا فلا.

وبهذا قال الشافعية[١].

وهو الظاهر من قول بعض الحنابلة[٢]، قال ابن مفلح: «وقيل: يحد قبل الربح..»[٣].

القول الثاني: أن المضارب إذا وطيء أمة المضارب لا يجب عليه الحد.

وبهذا قال المالكية[٤]، والإمام أحمد، وهو الصحيح من المذهب عند أصحابه[٥].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على وجوب الحد عند العلم وعدم الربح بما يلي:

---

(١) روضة الطالبين ٥/ ١٣٧-١٣٨، مغني المحتاج ٢/ ٣١٨، نهاية المحتاج ٥/ ٢٣٧، أسنى المطالب ٢/ ٣٨٨.

(٢) المغني ٥/ ١٥٩، الفروع ٤/ ٣٨٥-٣٨٦، المبدع ٥/ ٢٩.

(٣) المبدع ٥/ ٢٩.

(٤) التفريع ٢/ ١٩٩، الكافي لابن عبد البر ٢/ ٧٧٨.

(٥) المغني ٥/ ١٥٨-١٥٩، الفروع ٤/ ٣٨٥-٣٨٦، المبدع ٥/ ١٩، مطالب أولي النهى ٣/ ٥٢٦.

أن المضارب قد وطيء في غير ملك، ولا شبهة ملك، فيجب عليه الحد[1].

ثانياً: واستدلوا على عدم وجوب الحد عند حصول الربح بما يلي:

أنه إذا كان في مال المضاربة ربح فقد توفرت شبهة الملك في الجارية فيدرأ بها الحد[2].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن ظهور الربح في مال المضاربة ينبني على التقويم، والتقويم غير متحقق؛ لأنه يحتمل أن السلع تساوي أكثر مما قومت به، فيكون ذلك شبهة في درء الحد؛ لأنه يدرأ بالشبهات[3].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن هذه الشبهة ضعيفة لا تكفي لدرء الحد، فليس كل شبهة يدرأ بها الحد، بل لابد أن تكون قوية، وضعفها هنا لكون التقويم لابد أن يكون عن طريق أهل الخبرة بقيم السلع وأثمانها، وإذا كان كذلك ضعف احتمال مساواتها لأكثر مما قومت به.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بوجوب الحد على المضارب إذا وطيء أمة المضاربة

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ٣١٨، نهاية المحتاج ٥/ ٢٣٧.

(٢) المرجعان السابقان.

(٣) المغني ٥/ ١٥٩، وكشاف القناع ٣/ ٥١٥.

عالماً بالتحريم ولم يحصل في المال ربح، وإلا فلا؛ لقوة ما استدلوا به وما استدللت لهم به.

ولكن يجب أن يعزر إذا كان في المال ربح كما نصّ عليه الإمام أحمد وبعض أصحابه[1]، لتعديه في ذلك.

المطلب الثالث: ما يلزم المضارب إذا وطيء أمة المضاربة بالنسبة لمال المضاربة

تقدم في المطلب الأول أن المضارب لايملك وطء أمة المضاربة، وتبين في الثاني رجحان القول بوجوب الحد على المضارب إذا وطئها عالماً بالتحريم ولم يحصل ربح، وعدم وجوبه عند عدم العلم أو حصول الربح، ولكن ما الذي يلزمه بالنسبة لمال المضاربة من المهر، ورق الولد، وقيمة الأم، ونحو ذلك؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المضارب إذا وطيء أمة المضاربة فلا يخلو إما أن لا تحمل منه أو تحمل.

فإن لم تحمل وجب عليه المهر للمضاربة.

وإن حملت فلا يخلو إما أن لا يظهر في المال ربح أو يظهر فيه ربح.

فإن لم يظهر ربح فعليه المهر وولده رقيق ولا تصير أم ولد له. وإن ظهر ربح فعليه قيمتها وولده حر، وتصير أم ولد له.

---

(١) المغني ٥/١٥٨، المبدع ٥/٢٩.

وبهذا قال بعض الشافعية[١]، وبه قال الحنابلة[٢].

القول الثاني: أن المضارب إذا وطيء أمة المضاربة ولم تحمل وجب عليه المهر وإن حملت وجب عليه المهر، ولا تصير أم ولد له بذلك.

وبهذا قال بعض الشافعية[٣].

القول الثالث: أن المضارب إذا وطيء أمة المضاربة فلا يخلو إما أن لا تحمل منه أو تحمل.

فإن لم تحمل خيّر رب المال بين تقويمها على العامل، أو تغريمه قيمتها يوم الوطء، أو إبقائها للمضاربة.

وإن حملت فلا يخلو إما أن يكون موسراً أو معسراً.

فإن كان موسرا أخذ منه رب المال قيمتها ويجعل في المضاربة وإن كان معسراً خير رب المال بين أن يتبع المضارب بالقيمة يوم الوطء ولاشيء له من قيمة الولد، أو أن يبيع من الأمة بقدر ماله.

وبه قال المالكية[٤].

---

(١) روضة الطالبين ٥/ ١٣٧-١٣٨، مغني المحتاج ٢/ ٣١٨، أسنى المطالب ٢/ ٣٨٨.

(٢) المغني ٥/ ١٥٨، المبدع ٥/ ٥٩، الإقناع ٢/ ٢٦٣.

(٣) روضة الطالبين ٥/ ١٣٧-١٣٨.

(٤) المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ٥/ ١٦٧-١٦٨، شرح الخرشي ٦/ ٢٢١-٢٢٢، جواهر الإكليل ٢/ ١٧٧، التاج والإكليل ٥/ ٣٦٩.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على وجوب المهر على المضارب إن لم تحمل منه، أو حملت ولم يظهر ربح بما يلي:

أن وطء المضارب لأمة المضاربة وطء لأمة مملوكة لغيره، فيجب عليه المهر بوطئها[1].

ثانياً: واستدلوا على أنها إن حملت منه ولم يظهر ربح فولده رقيق ولا تصير أم ولد له بما يلي:

أن الأمة قد حملت من المضارب في غير ملك ولا شبهة ملك، فيكون الولد رقيقا، ولا تصير الأمة أم ولد له[2].

ثالثاً: واستدلوا على أنها إن حملت منه وظهر ربح فالولد حر وتصير أم ولد له وعليه قيمتها يوم الإحبال بما يلي:

القياس على الأمة المشتركة، فكما أن الأمة المشتركة إذا أحبها أحد الشريكين فحملت منه كان ولده حراً وصارت أم ولد له ولزمه قيمتها فكذلك أمة المضاربة إذا وطئها المضارب فحملت بعد ظهور الربح؛ لأن الربح مشترك بينه وبين رب المال[3].

---

(١) الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٧٤.

(٢) أسنى المطالب ٢/ ٣٨٨، المغني ٥/ ١٥٨، كشاف القناع ٣/ ٥١٥.

(٣) كشاف القناع ٣/ ٥١٥، مطالب أولي النهى ٣/ ٥٢٦.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

استدلوا على وجوب المهر على المضارب إذا وطيء أمة المضاربة ولم تحمل، وعلى وجوب المهر عليه وكون ولدها رقيق ولا تصير به أم ولد له إذا حملت ولم يظهر ربح بما استدل به أصحاب القول الأول.

واستدلوا على وجوب المهر وأنها لا تكون أم ولد له ولو حصل ربح بما يلي:

أن المضارب لا يملك من الأمة ولو ظهر في المال ربح؛ لأنه لا ملك له فيها فيجب عليه المهر، ولا تكون أم ولد له[(١)].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن المضارب لا يملك نصيبه من الربح إلا بالقسمة، بل الراجح -كما سبق[(٢)]- أنه يملك نصيبه بالظهور إلا أنه لا يملك أخذه؛ لأنه وقاية لرأس المال، فعلى هذا يملك بعض الأمة إذا ظهر ربح فيكون ولدها حراً وتصير أم ولد له، وعليه قيمتها.

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على أن الأمة إذا لم تحمل فرب المال مخيّر بين تقويمها

---

(١) روضة الطالبين ٥/ ١٣٧-١٣٨.

(٢) ص ١٩٦-١٩٧.

على العامل، أو تغريمه قيمتها يوم الوطء بما يلي:

أن رب المال لو أدرك الأمة قبل وطء المضارب لها لكان له ردّها إلى مال القراض، فلما فاتت بالوطء لم يكن له ذلك، وكان له أن يلزمه القيمة يوم الفوت، أو يسوغ الاستلاف فيطالبه بالثمن[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بفوات أمة المضاربة بالوطء إذا لم تحمل؛ لأنه لم يحصل ما يقتضي إخراجها من مال المضاربة، وإنما يلزم المضارب المهر من أجل ذلك.

ثانياً: واستدلوا على أن الأمة إذا حملت، وكان المضارب موسراً، أخذ منه رب المال قيمتها وجعله في مال القراض بما يلي:

أن المضارب قد تعدى على الأمة بالوطء، وبه فاتت، فلزمته قيمتها يوم وطئها[2].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بفوات الأمة بالوطء إلا إذا كان قد ظهر في المال ربح، أما إذا لم يظهر فليس هناك ما يقتضي فواتها، وإنما يجب المهر بالوطء.

أما قولهم بتخيير رب المال بين اتباع المضارب بالقيمة يوم الوطء ولا

(١) المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ٥/ ١٦٨.

(٢) المرجع السابق.

شيء له من قيمة الولد أو أن يبيع من الأمة بقدر ماله إذا كان المضارب معسرا فلم أطلع على دليلٍ لهم عليه.

التَّرجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المضارب إذا وطيء أمة المضاربة فلا يخلو إما أن لا يحمل منه، أو تحمل.

فإن لم تحمل وجب عليه المهر للمضاربة، وإن حملت فلا يخلو إما أن لا يظهر في المال ربح أو يظهر فيه ربح، فإن لم يظهر ربح فعليه المهر وولده رقيق ولا تصير أم ولد له، وإن ظهر ربح فعليه قيمتها وولده حر، وتصير أم ولده؛ لقوة ما استدلوا به، ولوجاهة ما ذكروه من التفصيل.

المبحث السابع عشر

إنفاق المضارب على نفسه من مال المضاربة

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: إنفاق المضارب على نفسه في الحضر.

المطلب الثاني: إنفاق المضارب على نفسه في السفر.

المطلب الثالث: مقدار النفقة عند القائلين باستحقاق المضارب لها.

المطلب الرابع: دخول الكسوة في النفقة عند القائلين باستحقاق المضارب لها.

المطلب الخامس: دخول العلاج في النفقة عند القائلين باستحقاق المضارب لها.

المطلب الأول: إنفاق المضارب على نفسه من مال المضاربة في الحضر

إذا كان المضارب يعمل بمال المضاربة في وطنه أو في بلد العقد، فهل يستحق النفقة على نفسه من مال المضاربة بإطلاق العقد، أو لا يستحقها إلا باشتراط ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المضارب لا يستحق النفقة من مال المضاربة في الحضر إلا باشتراطٍ أو عادةٍ.

وبهذا قال شيخ الإسلام ابن تيمية[(١)][(٢)].

جاء في الاختيارات: «ولا نفقة للمضارب إلا بشرط أو عادة»[(٣)].

القول الثاني: أن المضارب لا يستحق النفقة في الحضر إلا باشتراط.

وبهذا قال الإمام أحمد، وأكثر أصحابه، وهو المذهب عندهم[(٤)].

---

(١) هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله الحراني، ثم الدمشقي، شيخ الإسلام تقي الدين، أبو العباس، ولد بحران سنة ٦٦١ هـ، وقدم مع والده وأهله إلى دمشق وهو صغير، أخذ عن أبيه وغيره، وبرع في مختلف العلوم، وامتحن وأوذي عدة مرات فحبس بقلعة القاهرة، والاسكندرية، وفي دمشق مرتين، له مصنفات كثيرة منها: مجموع الفتاوى، ومنهاج السنة، والسياسة الشرعية، وتوفي بقلعة دمشق سنة ٧٢٨هـ.
(الذيل على طبقات الحنابلة ٢/ ٣٨٧-٤٠٨، مختصر طبقات الحنابلة ص ٦١-٦٦).

(٢) مجموع الفتاوى ٣٠/ ٩٠، الاختيارات الفقهية ص ١٤٥.

(٣) الاختيارات الفقهية ص ١٤٥.

(٤) المغني ٥/ ١٥٢، المحرر ١/ ٣٥٢، الفروع ٤/ ٤٨٤، القواعد لابن رجب ص ١٣٣، الإنصاف ٥/ ٤٤٠، مطالب أولي النهى ٣/ ٥٢٨.

القول الثالث: أن المضارب لا يستحق النفقة في الحضر مطلقاً، أي ولو اشترطها عند العقد.

وبهذا قال الحنفية[١]، والمالكية[٢].

والشافعية[٣]، وابن حزم[٤].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل صاحب هذا القول بما يلي:

أولاً: الظاهر أنه يستدل على عدم استحقاق المضارب للنفقة عند عدم الاشتراط والعادة بما استدل به أصحاب القول الثاني على عدم الاستحقاق عند عدم الاشتراط، كما أن الظاهر أنه يستدل على استحقاق النفقة عند الاشتراط بما استدل به أصحاب القول الثاني على ذلك.

ثانياً: أما الاستحقاق بالعادة فالظاهر من كلامه أنه يستدل له بأن العقد المطلق يحمل على العادة ويتقيد بها، حيث قال: «إن كان بينهما شرط في النفقة جاز له ذلك، وكذلك إن كان هناك عرف

---

(١) تحفة الفقهاء ٣/ ٢٣، النتف في الفتاوى ١/ ٥٤٢، المبسوط ٢٢/ ٦٢، الهداية ٣/ ٢١١-٢١٢، مجمع الضمانات ص ٣٠٧، مجمع الأنهر ٢/ ٣٣٣.

(٢) المدونة ٥/ ٩٢، الإشراف ٢/ ٦٠، البيان والتحصيل ١٢/ ٣٣٤، التفريع ٢/ ١٩٤، الكافي لابن عبد البر ٢/ ٧٧٢، القوانين الفقهية ص ٢٨٨، الفواكه الدواني ٢/ ١٧٦.

(٣) مختصر المزني مع الأم ٨/ ٢٢١، الوجيز ١/ ٢٢٤، حلية العلماء ٥/ ٣٣٩، روضة الطالبين ٥/ ١٣٥-١٣٦، مغني المحتاج ٢/ ٣١٧، أسنى المطالب ٢/ ٣٨٧.

(٤) المحلي ٨/ ٢٤٨.

وعادة معروفة بينهم وأطلق العقد فإنه يحمل على تلك العادة..»[١].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم استحقاق المضارب للنفقة عند عدم الاشتراط بما يلي:

١. أن نفقة المضارب تختص به، فكانت عليه، كنفقة زوجته[٢].

٢. أن المضارب قد دخل على أن له جزء مسمى، فلم يستحق غيره، قياساً على المساقي[٣].

مناقشة استدلالهم بهذين الدليلين:

يمكن مناقشة استدلال أصحاب هذا القول بهذين الدليلين على عدم استحقاق المضارب للنفقة عند عدم اشتراطها بأن هذا صحيح ولكن العرف له حكم الشرط؛ لأن العادة إذا كانت معروفة لدى المتعاقدين أصبحت مشترطة بينهما؛ لأنهما يعقدان العقد حسب ما هو متعارف عليه بينهما، ولذلك وضع الفقهاء القاعدة المشهورة وهي «المعروف

---

(١) مجموع الفتاوى ٣٠/ ٩٠.
(٢) الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٧٧.
(٣) المرجع السابق، ومطالب أولي النهى ٣/ ٥٢٨.

عرفاً كالمشروط شرطاً»[١].

ثانياً: واستدلوا على استحقاق المضارب للنفقة عند الاشتراط بأدلة، من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

فمن السنة:

ما رواه أبو هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم..»[٢] الحديث.

ومن المعقول:

١. أن التجارة في الحضر إحدى حالتي المضاربة، فصح اشتراط النفقة فيها، كحال السفر[٣].

٢. أن المضارب شرط النفقة في مقابلة عمله، فصح اشتراطه، كما لو اشترطها في عقد الوكالة[٤].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٩.

(٢) رواه أبو داود في كتاب القضية باب في الصلح ٣/ ٣٠٤، حديث رقم ٣٥٩٤، واللفظ له، وسكت عنه.
والدارقطني في كتاب البيوع ٣/ ٢٧، حديث رقم ٩٦.
والبيهقي في كتاب الشركة باب الشروط في الشركة وغيرها ٦/ ٧٨، وفي كتاب الوقف باب الصدقة على ما شرط الواقف من الاثرة والتقدمة والتسوية ٦/ ١٦٦.
والحاكم في كتاب البيوع ٢/ ٤٩، وسكت عنه، وقال الذهبي في تلخيصه: «ضعّفه النسائي ومشّاه غيره».
وقال الألباني : «صحيح». (إرواء الغليل ٥/ ١٤٢).

(٣) المغني ٥/ ١٨٦.

(٤) المرجع السابق، ومطالب أولي النهى ٣/ ٥٢٨.

دليل القول الثالث:

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن النفقة تجب مقابل الاحتباس كنفقة القاضي، ونفقة المرأة، والمضارب ليس محبوساً بالمضاربة فقط في الحضر، بخلاف السفر، فلا يستحق النفقة في الحضر(١).

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته من وجهين:

الوجه الأول: أن قولهم بأن المضارب ليس محبوساً بالمضاربة فقط ليس على إطلاقه فقد تستغرق جميع وقته في بعض الأحيان بالعمل على تدبير شؤنها خاصة إذا كان المال كثيراً وتعددت وجوه الاتجار به.

الوجه الثاني: أنه وإن كان المضارب غير محبوس بالمضاربة فقط إلا أن له النفقة عند الاشتراط؛ لأن رب المال بموافقته على الشرط قد رضي بدفع النفقة، وكذلك عند استحقاق المضارب لها في العرف؛ لأن رب المال بموافقته على عقد المضاربة رضي بدفع النفقة؛ لأنه يعلم من العرف أن المضارب يستحقها، وإذا رضي بذلك صح؛ لأنه ماله، كما أن له أن يهب للمضارب شيئاً من نصيبه في مال المضاربة.

---

(١) الهداية ٣/ ٢١١.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المضارب لا يستحق النفقة من مال المضاربة في الحضر إلا باشتراط أو عادة. لقوة ما استدل به صاحبه، وأخذا بالقاعدة الفقهية المشهورة: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»[(١)].

المطلب الثاني: إنفاق المضارب على نفسه من مال المضاربة في السفر

إذا سافر المضارب من أجل تنمية مال المضاربة واستثماره، فهل يستحق النفقة على نفسه من مال المضاربة بمطلق العقد، أو لا يستحقها إلا باشتراط ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أن المضارب لا يستحق النفقة في السفر إلا باشتراط أو عادة.

وبهذا قال شيخ الإسلام ابن تيمية[(٢)].

القول الثاني: أن المضارب لا يستحق النفقة في السفر إلا باشتراط.

وبهذا قال الإمام أحمد، وأكثر أصحابه، وهو المذهب عندهم[(٣)].

القول الثالث: أن المضارب لا يستحق النفقة في السفر مطلقاً.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٩.

(٢) مجموع الفتاوى ٣٠/ ٩٠، الاختيارات الفقهية ص ١٤٥.

(٣) الكافي لابن قدامة ٢/ ٤٨٤، المبدع ٥/ ٢٧، مغني ذوي الأفهام ص ١٢٨، مطالب أولي النهى ٣/ ٥٢٨.

وهذا هو القول الأظهر عند الشافعية[١]، وبه قال ابن حزم[٢].

القول الرابع: أن المضارب يستحق النفقة في السفر مطلقاً.

وبهذا قال الحنفية[٣]، والمالكية[٤].

وهو قول في مذهب الشافعية[٥].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل صاحب القول الأول بما استدل به في المسألة السابقة.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم استحقاق المضارب للنفقة عند عدم الاشتراط بما يلي:

١. أن نفقة المضارب تخصه، فكانت عليه، كنفقة الزوجة، وأجرة

---

(١) مختصر المزني مع الأم ٨/ ٢٢١، الوجيز ١/ ٢٢٤، حلية العلماء ٥/ ٣٣٩، روضة الطالبين ٥/ ١٣٥، مغني المحتاج ٢/ ٣١٧، نهاية المحتاج ٥/ ٢٣٥.

(٢) المحلى ٨/ ٢٤٨.

(٣) تحفة الفقهاء ٣/ ٢٣، النتف في الفتاوى ١/ ٥٤٢، المبسوط ٢٢/ ٢٠، الهداية ٣/ ٢١١-٢١٢، البحر الرائق ٧/ ٢٦٩، الفتاوى الهندية ٤/ ٣١٢.

(٤) المدونة ٥/ ٩٢-٩٣، الإشراف ٢/ ٦٠، التفريع ٢/ ١٩٤، الكافي لابن عبد البر ٢/ ٣٦٨-٣٦٩، شرح الخرشي ٦/ ٢١٧.

(٥) مختصر المزني مع الأم ٨/ ٢٢١، الوجيز ١/ ٢٢٤، حلية العلماء ٥/ ٣٣٩، مغني المحتاج ٢/ ٣١٧، فتح الوهاب ١/ ٢١٢.

الطبيب، وثمن الدواء[١].

٢. أن المضارب قد دخل في عقد المضاربة على أنه يستحق من الربح الجزء المسمى، فلا يكون له غيره[٢].

٣. أن المضارب لو استحق النفقة لا فضى ذلك إلى ان يختص بالربح إذا لم يربح سوى ما أنفقه[٣].

ثانياً: واستدلوا على استحقاق المضارب للنفقة عند الاشتراط بما يلي:

ما رواه أبو هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم..»[٤] الحديث.

وهذا الحديث واضح الدلالة.

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

استدلوا بالدليلين الثاني والثالث مما استدل به أصحاب القول الثاني على عدم استحقاق المضارب للنفقة عند عدم الاشتراط[٥].

---

(١) المغني ٥/ ١٥٢، نيل المآرب ١/ ٤١٦.

(٢) المرجعان السابقان، والمبدع ٥/ ٢٧، ومطالب أولي النهى ٣/ ٥٢٨.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) سبق تخريجه ص٢٧١.

(٥) انظرهما في مغني المحتاج ٢/ ٣١٧، ونهاية المحتاج ٥/ ٢٣٥، أسنى المطالب ٢/ ٣٨٧، إعانة الطالبين ٣/ ١٠٣.

ولكن يمكن مناقشتها بأن المضارب إذا اشترطها ووافق رب المال على ذلك فإنه قد رضي بأن يكون للمضارب النفقة زيادة على الجزء المسمى من الربح، ورضي بأن يختص المضارب بالربح إذا لم يربح سوى ما أنفقه، وكذلك إذا كان هناك عرف بذلك؛ لأنه كالشرط، ومن رضي بدفع ماله لغيره فله ذلك.

كما استدلوا بما يلي:

أن إنفاق المضارب على نفسه من مال المضاربة في السفر إن كان باشتراط فهو شرط ليس في كتاب الله -سبحانه وتعالى- فلا يجوز اشتراطه، وإن لم يكن باشتراط فهو أكل مال بالباطل، فلا يجوز[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بحديث أبي هريرة ﷺ الذي استدل به أصحاب القول الثاني «المسلمون على شروطهم»[2]فهو صريح في جواز الاشتراط بين المسلمين في معاملاتهم، إذا لم يترتب عليه تحليل حرام أو تحريم حلال، فلا يلتفت إلى قول أحد في ذلك.

أدلة القول الرابع:

أستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن الربح في باب المضاربة يحتمل الوجود والعدم، والعاقل لا يسافر بمال غيره لفائدة تحتمل الوجود والعدم مع تعجيل النفقة

---

(١) المحلي ٨/ ٢٤٨.

(٢) سبق تخريجه ص٢٧١.

من مال نفسه، فلو لم تجعل نفقته من مال المضاربة لامتنع الناس من قبول المضاربات مع مساس الحاجة إليها، فكان إقدامهما على هذا العقد والحال هذه إذناً من رب المال للمضارب بالإنفاق من مال المضاربة، فكان مأذوناً له في الإنفاق دلالة، فصار كما لو أذن له به صراحة[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن قولهم: لو لم تجعل نفقة المضارب من مال المضاربة لامتنع الناس من المضاربات مع مساس الحاجة إليها، يمكن تلافيه باشتراط المضارب للنفقة عند تعاقده مع رب المال، وبهذا لا يمتنع الناس من قبول المضاربات.

وأما قولهم: أن إقدام المضارب ورب المال على التعاقد مع أن الربح في باب المضاربة يحتمل الوجود والعدم، والعاقل لا يسافر بمال غيره لفائدة تحتمل الوجود والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه يعد إذناً غير صريح من رب المال للمضارب بالإنفاق من مال المضاربة، فصار كما لو أذن له به صراحة، مردود بأنه إن لم يكن هناك عرف يقضي بالإنفاق فإن هذا لا يعد إذناً؛ لأن المضارب يسافر لمصلحة يرجوها، وهي زيادة نصيبه من الربح، وهو من عمله.

٢. أن سفر المضارب لأجل العمل في مال المضاربة، فيستحق النفقة فيه، كالمرأة تستحق النفقة على زوجها إذا زُفّت إليه؛ لأنها فرّغت

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ١٠٥، البحر الرائق ٧/ ٢٦٩.

نفسها له، واحتبست من أجله[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الزوجة لا تستحق عوضاً عن تفريغ نفسها واحتباسها غير النفقة، بخلاف المضارب فإنه إذا قيل باستحقاقه النفقة في السفر فإنه يترتب على ذلك أن يأخذ عوضين على الاحتباس، وهما الجزء المسمى من الربح، والنفقة، مع أن التعاقد قد حصل على القيام بالعمل مقابل الجزء المسمى من الربح فقط، فلا يستحق العوض الآخر وهو النفقة إلا باشتراط أو عادة.

٣. أن المضارب يسافر لأجل العمل في المال لا على سبيل التبرع، ولا بدل واجب له، فتكون نفقته في المال[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن له بدلاً على ذلك وهو الجزء المسمى من الربح؛ لأن هذا الجزء مقابل العمل، والسفر من أجل المال من العمل فيه، فيكون الجزء المسمى عوضاً عنه.

٤. أن المضارب إنما سافر بالمال طلباً للربح لا تطوعاً، فلو قيل: إنه لا يستحق النفقة لذهبت نفقته بربحه، وبأضعافه[٣].

---

(١) المبسوط ٢٢/ ٢٠، مجمع الأنهر ٢/ ٣٣٣، كشف الحقائق ٢/ ١٣٨، مغني المحتاج ٢/ ٣١٧، نهاية المحتاج ٥/ ٢٣٥.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ١٠٥.

(٣) الإشراف ٢/ ٦٠.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن ذهاب النفقة بالربح أمر محتمل، وهذا الاحتمال وارد في جميع الأحوال، كما أنه يمكن تلافي ذلك باشتراط النفقة عند التعاقد.

٥. أن سفر المضارب إنما هو لأجل المال، وطلب تنميته، وإذا كان كذلك صار كبعض كلف المال، ومؤنة الأجراء(١).

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه وإن كان سفر المضارب لأجل المال إلا أنه لا يستحق النفقة منه؛ لأنه قد تعاقد مع رب المال على أن يقوم بالعمل مقابل جزء مسمى من الربح، والسفر بالمال يدخل في العمل، فلا يستحق عليه غير الجزء المسمى.

٦. أن عدم إستحقاق المضارب للنفقة يسبب زيادة ينفرد بها رب المال، وذلك خلاف موضوع المضاربة(٢).

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بمثله أي أن استحقاق المضارب للنفقة يسبب زيادة ينفرد بها عن رب المال، وهي قيمة هذه النفقة، وذلك خلاف موضوع المضاربة.

---

(١) المرجع السابق.
(٢) المرجع السابق.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسالة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم استحقاق المضارب للنفقة على نفسه من مال المضاربة في السفر إلا باشتراط أو عادة؛ لما تقدم في الترجيح في المسألة السابقة.

المطلب الثالث: مقدار النفقة عند القائلين باستحقاق المضارب لها

اختلف من قال من الفقهاء في المسألتين السابقتين باستحقاق المضارب للنفقة أي في الحضر، أو في السفر في مقدار هذه النفقة، وذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المضارب يستحق جميع النفقة بالمعروف، فإن زاد عن المعروف ضمن الزيادة.

وبهاذ قال الحنفية[١]، والمالكية[٢].

وهو وجه عند من قال من الشافعية باستحقاق المضارب للنفقة في السفر[٣].

وبه قال الحنابلة[٤]، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية،

---

(١) تحفة الفقهاء ٣/ ٢٣، مجمع الضمانات ص ٣٠٧، البحر الرائق ٧/ ٢٦٩، الدر المنتقى في شرح الملتقى ٢/ ٣٣٣، الفتاوى الهندية ٤/ ٣١٢، الفتاوى البزازية ٦/ ٨٧.

(٢) المدونة ٥/ ٩٣، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ٥/ ١٧٢، الكافي لابن عبد البر ٢/ ٧٧٣، الفواكه الدواني ٢/ ١٧٦، مواهب الجليل ٥/ ٣٦٩، الشرح الكبير للدردير ٣/ ٥٣٠.

(٣) المهذب ١/ ٣٩٤، حلية العلماء ٥/ ٣٣٩، روضة الطلبين ٥/ ١٣٥.

(٤) المغني ٥/ ١٥٣، الفروع ٤/ ٣٨٤-٣٨٥، المبدع ٥/ ٢٨، مغني ذوي الأفهام ص ١٢٨، مطالب أولي النهى ٣/ ٥٢٨.

حيث قال: «وحيث كانت له النفقة فليس له النفقة إلا بالمعروف، وأما البسط الخارج عن المعروف فيكون محسوباً عليه»[١].

القول الثاني: أن المضارب يستحق جميع النفقة مثل ما كان ينفق على نفسه غير متعدٍ ولا مضر بالمال، بدون تقدير.

وبهذا قال الإمام أحمد[٢].

القول الثالث: أن المضارب يستحق من النفقة في السفر ما زاد عن نفقته في الحضر.

وهذا هو الوجه الصحيح عند من قال من الشافعية باستحقاق المضارب للنفقة في السفر[٣].

أما في الحضر فهم يقولون بعدم استحقاقه للنفقة كما سبق[٤].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على استحقاق المضارب لجميع النفقة بما يلي:

أن من لزمته نفقة غيره لزمه جميع نفقته، فيدخل في ذلك المضارب، فيستحق جميع النفقة[٥].

---

(١) مجموع الفتاوى ٣٠/ ٩٠.

(٢) المغني ٥/ ١٥٣، الفروع٤/ ٣٨٤-٣٨٥، المبدع ٥/ ٢٨.

(٣) المهذب ١/ ٣٩٤، حلية العلماء ٥/ ٣٣٩، روضة الطالبين ٥/ ١٣٥، مغني المحتاج ٢/ ٣١٧.

(٤) ص٢٦٨-٢٦٩.

(٥) المهذب ١/ ٣٩٤.

ثانياً: واستدلوا على أن النفقة يجب أن تكون بالمعروف بما يلي:

أن النفقات التي تجب على الإنسان لغيره كنفقة الزوجة، والأقارب، ونحوهم يجب أن تكون بالمعروف، قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[1] فكذلك نفقة المضارب في مال المضاربة قياسا عليها[2].

أدلة القول الثاني:

أولاً: يمكن الاستدلال له على أن للمضارب جميع النفقة بما استدل به أصحاب القول الأول.

ثانياً: واستدلّ له على قوله بأن المضارب يستحق من النفقة مثل ما كان ينفق على نفسه بدون تقدير بما يلي:

أن الأسعار تختلف، فقد تقل، وقد تكثر، فيكون للمضارب مثل ما كان ينفق على نفسه بدون تقدير[3].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن اختلاف الأسعار لا أثر له؛ لأنه أمر وارد في جميع الأحوال، وإنما ينظر إلى المقدار، فليس للمضارب أن يشتري للنفقة على نفسه إلا بالمعروف سواء قلّ السعر أم كثر.

---

(١) سورة البقرة الآية (٢٣٣).

(٢) المبدع ٥/ ٢٨.

(٣) المغني ٥/ ١٥٣، المبدع ٥/ ٢٨.

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن النفقة إنما لزمت من أجل السفر، فلا يلزم إلا ما زاد بالسفر[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن النفقة تلزم من أجل السفر، وإنما تلزم باشتراطها أو بالعادة سواء في الحضر أم السفر كما سبق[٢]، فيستحق جميع النفقة.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المضارب يستحق جميع النفقة بالمعروف، فإن زاد عن المعروف ضمن الزيادة؛ لقوة ما استدلوا به، ولأنها نفقة من النفقات، فيكون حكمها حكم غيرها في المقدار، أي تكون بالمعروف، ولما في ذلك من الجمع بين مصلحة المضارب باستحقاقه لجميع النفقة، ومصلحة رب المال بكون النفقة بالمعروف بدون إسراف.

المطلب الرابع: دخول الكسوة في النفقة عن القائلين باستحقاق المضارب لها

اختلف من قال من الفقهاء في المطلبين الأول والثاني باستحقاق

---

(١) المهذب ١/ ٣٩٤.

(٢) ص٢٧٣، ٢٨٠.

المضارب للنفقة على نفسه من مال المضاربة في الكسوة هل تدخل في النفقة فيستحقها المضارب مطلقاً، أو لا يستحقها إلا عند الإطلاق، أو في سفر دون سفر؟

وذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الكسوة تدخل في النفقة، فيستحقها المضارب إذا كانت النفقة مطلقة عند الاشتراط، وإلا فلا.

وبهذا قال أكثر الحنابلة، وهو المذهب عندهم[1].

وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيميه[2].

القول الثاني: أن الكسوة تدخل في النفقة فيستحقها المضارب.

وبهذا قال الحنفية[3]، وبعض المالكية[4].

القول الثالث: أن الكسوة تدخل في النفقة فيستحقها المضارب إذا كان السفر بعيداً، ولا تدخل فيها فلا يستحقها إذا كان السفر قريباً.

وبهذا قال الإمام مالك، وبعض أصحابه[5].

---

(١) المغني ٥/ ١٥٢، المحرر ١/ ٣٥٢، الفروع ٤/ ٣٨٤، المبدع ٥/ ٢٨، الإنصاف ٥/ ٤٤٠، غاية المنتهى ٢/ ١٦١.

(٢) الاختيارات الفقهية ص ١٤٥.

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ١٠٦، فتاوى قاضيخان ٣/ ١٧٠، مجمع الضمانات ص ٣٠٧، مجمع الأنهر ٢/ ٣٣٣، الاختيار ٣/ ٢٣، البحر الرائق ٧/ ٢٦٩، الفتاوى الهندية ٤/ ٣١٢.

(٤) الكافي لابن عبر البر ٢/ ٧٧٣، المنتقى شرح موطأ مالك ٥/ ١٧١، مواهب الجليل ٥/ ٣٦٩، الفواكه الدواني ٢/ ١٦٧، الشرح الكبير للدردير ٣/ ٥٣١.

(٥) المدونة ٥/ ٩٢، مختصر خليل ص ٢٣٧، شرح الخرشي ٦/ ٢١٨، التاج والإكليل ٥/ ٣٦٨.

وهو ظاهر المنصوص عن الإمام أحمد[١].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الكسوة تدخل في النفقة في مال المضاربة عند الإطلاق، قياساً على دخولها في النفقة الواجبة على الإنسان، كالنفقة على الزوجة، والأقارب، ونحو ذلك[٢].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الكسوة من النفقة المعتادة التي لا ينفك عنها الإنسان في الحضر، فكذلك في السفر[٣].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الكسوة تُعَدُّ من النفقة عند إطلاقها، أما إذا قيدت بشيء معين كالأكل والشرب، أو غير ذلك فإنها تبقى على تقييدها.

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الكسوة مما لا يحتاج إليه الإنسان إلا بعد مدة طويلة، وهي إنما

---

(١) المغني ٥/ ١٥٢، الفروع ٤/ ٣٨٤، المبدع ٥/ ٢٨.

(٢) المبدع ٥/ ٢٨، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٣٢، نيل المآرب ١/ ٤١٦.

(٣) المنتقى شرح موطأ مالك ٥/ ١٧٢.

تكون في السفر الطويل، فلا يستحق المضارب النفقة إلا إذا كان سفره كذلك[(١)].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن الحاجة إلى الكسوة لا تكون إلا بعد مدة طويلة فبعض الملابس مما يبلى في مدة قصيرة، كما أن كسوة المضارب قد تكون بالية قبل المضاربة، فيحتاج إلى كسوة.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن الكسوة تدخل في النفقة فيستحقها المضارب إذا كانت النفقة مطلقة عند الاشتراط، وإلا فلا؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن حاجته إليها تشبه حاجته إلى الطعام والشراب.

المطلب الخامس: دخول العلاج في النفقه عند القائلين باستحقاق المضارب لها

اختلف بعض[(٢)] من قال من الفقهاء في المطلبين الأول والثاني باستحقاق المضارب للنفقة على نفسه من مال المضاربة في العلاج عند المرض هل يدخل في النفقة فيستحقه المضارب، أو لا يدخل فيها فيكون في ماله الخاص؟

وذلك على قولين:

---

(١) المرجع السابق.
(٢) أما البعض الآخر وهم بعض الشافعية، والحنابلة فلم أطلع على قول لهم في ذلك.

القول الأول: أن علاج المضارب لا يدخل في نفقته، فلا يستحقه في مال المضاربة، وإنما يكون في ماله الخاص.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة في رواية عنه، وبها أخذ أصحابه(١).

وبه قال المالكية(٢).

القول الثاني: أن علاج المضارب يدخل في نفقة من مال المضاربة.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة في رواية عنه(٣).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن الحاجة إلى العلاج ليست دائمة؛ لأن المضارب قد يمرض وقد لا يمرض، فلا تكون من جملة النفقة، بل من ماله الخاص، كالزوجة يكون دواؤها من مالها(٤).

٢. أن وجوب النفقة للمضارب في المعتاد لدلالة الإذن الثابت عادة، والعلاج غير معتاد، فلا يدخل فيه، ومن ثمَّ لا يستحقه المضارب(٥).

---

(١) النتف في الفتاوى ١/ ٥٤٢، بدائع الصنائع ٦/ ١٠٦، الهداية ٣/ ٢١٢، فتاوى قاضيخان ٣/ ١٧٠، مجمع الضمانات ص ٣٠٧، مجمع الأنهر ٢/ ٣٣٣.

(٢) مختصر خليل ص ٢٣٧، المنتقى شرح موطأ مالك ٥/ ١٧٢، الشرح الكبير للدردير ٣/ ٥٣١، شرح الخرشي ٦/ ٢١٨، التاج والإكليل ٥/ ٣٦٨.

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ١٠٦، مجمع الضمانات ص ٣٠٧، مجمع الأنهر ٢/ ٣٣.

(٤) مجمع الأنهر ٢/ ٣٣٣، البحر الرائق ٧/ ٢٧٠.

(٥) بدائع الصنائع ٦/ ١٠٦، المنتقى شرح موطأ مالك ٥/ ١٧٢.

٣. أن القاضي إذا قضى بالنفقة يقضي بالطعام والكسوة، ولا يقضي بالعلاج، فلا يدخل في النفقة[١].

دليل القول الثاني:

استدل لصاح هذا القول بما يلي:

أن المضاربة قد انعقدت لقصد التجارة، والمضارب لا يتمكن من الاستمرار فيها إلا بالعلاج، فيصبح كالأكل والشرب، فيستحقه[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن استحقاق المضارب للنفقة ليس بسبب عدم تمكنه من الاستمرار في الاتجار إلا بها، وإنما هو سبب اشتراطها عند التعاقد، أو وجود العرف الدال على استحقاقه لها كما سبق[٣].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن علاج المضارب لا يدخل في نفقته، فلا يستحقه في مال المضاربة، وإنما يكون في ماله الخاص؛ لقوة ما استدلوا به، ولأنه يقصد بالنفقة ما يحتاج إليه في الأحوال العادية، والعلاج إنما يكون في حال المرض وهي غير عادية، فلا يدخل في نفقة المضارب.

---

(١) بدائع الصنائع ٦/١٠٦.

(٢) مجمع الأنهر ٢/٣٣٣.

(٣) ص٢٧٣، و ص ٢٨٠.

المبحث الثامن عشر

خلط المضارب مال المضاربة بغيره

إذا أراد المضارب أن يخلط مال المضاربة بمال آخر، كأن يخلطه بمال نفسه أو بمال مضاربة أخرى، ويتجر بالمالين جميعاً، فهل يملك ذلك بمطلق العقد، أو لا بدّ من إذن رب المال أو تفويضه ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المضارب لا يملك خلط مال المضاربة بغيره إلا بإذنٍ أو تفويضٍ من رب المال.

وبهذا قال الحنفية[1]، والحنابلة[2].

القول الثاني: أن المضارب لا يملك خلط مال المضاربة بغيره إلا بإذن رب المال.

وبهذا قال الشافعية[3].

القول الثالث: أن المضارب يملك خلط مال المضاربة بغيره بمطلق العقد إذا استطاع أن يتجر بالمالين معاً، وإلا فلا.

---

(١) المبسوط ٢٢/ ٣٩-٤٠، ١٠٢، بدائع الصنائع ٦/ ٩٢، ٩٥، ٩٦، ٩٨، الهداية ٣/ ٢٠٤، ٢١٠، مجمع الضمانات ص ٣٠٥، مجمع الأنهر ٢/ ٣٢٥، الفتاوى الهندية ٤/ ٢٩٢.

(٢) المغني ٥/ ١٦٢، المحرر ١/ ٣٥١، الفروع ٤/ ٣٨٣.

(٣) روضة الطالبين ٥/ ١٤٨، تكملة المجموع ١٤/ ٣٨٢-٣٨٣.

وبهذا قال المالكية[١].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية المضارب للخلط عند عدم الإذن والتفويض بما يلي:

أن الخلط يوجب في مال رب المال حقاً لغيره، ولا يجوز إيجاب حق في ماله بدون إذن منه[٢].

ثانياً: واستدلوا على ملكية المضارب للخلط عند التفويض بما يلي:

أن المضارب قد يرى أن خلط مال المضاربة بغيره أصلح له، فيدخل ذلك تحت التفويض العام، فيملكه[٣].

دليل القول الثاني:

استدلَّ ابن قدامة لأصحاب هذا القول بما يلي:

أن عقد المضاربة ويتناول عند إطلاقه إلا ما هو من أعمال التجارة،

---

(١) المدونة ٥/ ١٠٢، الكافي لابن عبد البر ٢/ ٧٧٦، بداية المجتهد ٢/ ٢٤٢، القوانين الفقهية ص ٢٨٨، مواهب الجليل ٥/ ٣٦٧، جواهر الإكليل ٢/ ١٧٣.

فإن لم يقدر فتاجر بمال الغير وترك مال المضاربة فاختلفوا في حكمه على قولين: الأول: لاشيء للمضارب، وإنما يجب رد المال إلى صاحبه، والثاني: أنه يجب على المضارب أن يدفع إلى صاحب المال قدر ما حرمه من الربح.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٩٦.

(٣) المرجع السابق.

والخلط ليس من التجارة، فلا يملكه المضارب إلا بإذنٍ صريحٍ من رب المال[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الخلط إذا كان فيه مصلحة لمال المضاربة بتحقيق الربح فيه كان من وسائل التجارة، فيدخل تحت التفويض من رب المال.

أدلة القول الثالث:

الظاهر من كلام أصحاب هذا القول أنهم يستدلون بما يلي:

أولاً: الظاهر أنهم يستدلون على ملكية المضارب للخلط إذا استطاع الاتجار بالمالين جميعاً بما استدل به أصحاب القول الأول على ملكيته للخلط عند التفويض من أنه يرى أن الخلط أصلح، فيملكه.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه وإن كان يرى أن فيه مصلحة إلا أن فيه مضرة وهي إيجاب حق لغير رب المال في مال المضاربة، فلا بدّ فيه من إذنه ولو كان عاماً وذلك بالتفويض.

ثانياً: والظاهر من قولهم أنهم يستدلون على عدم ملكية الخلط عند عدم استطاعة الاتجار بهما بما يلي:

---

(١) المرجع السابق.

أن في الخلط في هذه الحالة تعطيل لوظيفة المضارب وهي الاتجار بمال المضاربة، فلا يصح الخلط.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول بأن المضارب إذا استطاع أن يتجر بالمالين فإنه لا يملك خلط مال المضاربة بغيره إلا بإذن أو تفويض من رب المال، لما استدل به أصحاب القول الأول، ولما فيه من تحقيق المصلحة للمال في بعض الأحيان فقد يجد المضارب سلعة يتوقع فيها ربحاً كثيراً ولا يتمكن من شرائها إلا بخلط مال المضاربة بغيره، لعدم وفاء مالها بقيمة هذه السلعة، فتكون المصلحة في الخلط؛ لأن النفع سيعود على المالين، فيكون داخلاً تحت التفويض العام.

أما إذا لم يستطع المضارب الاتجار بالمالين فإنه لا يملك الخلط ولو فوّض إليه رب المال التصرف؛ لما ذكرته في أدلة أصحاب القول الثالث.

المبحث التاسع عشر

تلف مال المضاربة تحت يد المضارب، وضمانه

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن المضارب يُعَدُّ أميناً على ما تحت يده من مال المضاربة، فيضمن ما تلف منه إذا كان بتعدٍ بتصرف لا يملكه من التصرفات السابقة أو غيرها، أو تفريطٍ في حفظه، ولا يضمن إذا لم يتعد ولم يفرط.

فقد قال بذلك الحنفية(١)، والمالكية(٢).

والشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

ووافقهم ابن حزم(٥).

وممن نقل الاتفاق على ذلك ابن قدامة، حيث قال: «(فصل) والعامل أمين في مال المضاربة... وهذا كله لا نعلم فيه خلافا»(٦).

وابن عبد البر حيث قال: «فلا خلاف بين العلماء أن المقارض مؤتمن

---

(١) لكتاب للقدوري ٢/ ١٣٢، الهداية ٣/ ٢٠٤، المختار ٣/ ٢١، مجمع الضمانات ص ٣٠٤، مجمع الأنهر ٢/ ٣٢٥، كشف الحقائق ٢/ ١٣٥، الفتاوى الهندية ٤/ ٢٩٧.

(٢) المدونة ٥/ ١١٦، الكافي لابن عبد البر ٢/ ٧٧٣-٧٧٤، الشرح الكبير للدردير ٣/ ٥٢٦، مواهب الجليل ٥/ ٣٦١، شرح الخرشي ٦/ ٢١٣.

(٣) المهذب ١/ ٣٩٥، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٢، أسنى المطالب ٢/ ٣٩١.

(٤) المغني ٥/ ١٩٢، المبدع ٥/ ٢٥، غاية المنتهى ٢/ ١٧٤، مغني ذوي الأفهام ص ١٢٨.

(٥) المحلى ٨/ ٢٤٨.

(٦) المغني ٥/ ١٩٢.

لا ضمان عليه فيما يتلفه من المال من غير جناية منه فيه واستهلاك له ولا تضييع، وهذه سبيل الأمانة»[١].

وابن رشد، حيث قال: «ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض... وأنه لا ضمان على العامل فيما تلف من رأس المال إذا لم يتعد»[٢].

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

أولاً: استدلوا على أن المضارب يعد أمينا على مال المضاربة بما يلي:

أن المضارب متصرف في مال المضاربة بإذن مالكه على وجه لا يختص بنفعه، فكان أميناً عليه، كالوكيل[٣].

ثانياً: استدلوا على أنه ليس للمضارب تعدي ما أمره به رب المال بما يلي:

أن المضارب وكيل عن رب المال، وفي التخصيص فائدة؛ لأن التجارات تختلف باختلاف الأمكنة، والأمتعة، والأشخاص، فليس للمضارب التعدي[٤].

ثالثاً: واستدلوا على وجوب الضمان عليه عند التعدي بما يلي:

أن المضارب إذا تعدى فقد تصرف في مال غيره وهو رب المال،

---

(١) الاستذكار (ل ٣٦١-ب).

(٢) بداية المجتهد ٢/ ٢٣٦.

(٣) المبدع ٥/ ٣٥، كشاف القناع ٣/ ٥٢٢، مطالب أولي النهى ٣/ ٥١٥.

(٤) الهداية ٣/ ٢٠٤، الاختيار ٣/ ٢١، مجمع الأنهر ٢/ ٣٢٥، اللباب ٢/ ١٣٢.

فيجب عليه الضمان قياسا على الغاصب[١].

رابعاً: واستدلوا على عدم وجوب الضمان عند عدم التعدي، والتفريط بما يلي:

أن المضارب نائب عن رب المال في التصرف في مال المضاربة، فلم يضمن من غير تعدٍ أو تفريطٍ، كالمودَع[٢].

---

(١) الهداية ٣/ ٢٠٤، المغني ٥/ ١٦٥.

(٢) المهذب ١/ ٣٩٥.

الفصل الثالث

تصرفات عامل المساقاة[1] والمزارعة[2] في الشجر والزرع

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تصرفات عامل المساقاة في الشجر.

المبحث الثاني: تصرفات عامل المزارعة في الزرع.

---

(١) المساقاة في اللغة مفاعلة من السقي؛ لأن العامل يسقي الشجر؛ لأنه أهم أمورهم.
(تحرير ألفاظ التنبيه ص ٢١٦، المطلع ص ٢٦٢).
وفي الشرع: دفع أرض وشجر له ثمر مأكول لمن يغرسه، أو مغروس لمن يعمل عليه ويقوم بمصلحته بجزء مشاع معلوم من ثمره.
(التوضيح ص ٢٠٧، الإقناع للحجاوي ٢/ ٢٧٤).

(٢) المزارعة في اللغة مفاعلة من الزرع.
(المطلع ص ٢٦٣).
وفي الشرع: دفع أرض وحب لمن يزرعه ويقوم عليه، أو مزروع لمن يعمل عليه بجزء مشاع معلوم من المتحصل.
(التوضيح ص ٢٠٧، الإقناع للحجاوي ٢/ ٢٧٤).

المبحث الأول
تصرفات عامل المساقاة في الشجر

وفيه تمهيد، ومطلبان:

التمهيد: وفيه بيان أقوال الفقهاء في حكم المساقاة على سبيل الإجمال.

المطلب الأول: مساقاة العامل غيره على الشجر.

المطلب الثاني: تلف الشجر تحت يد العامل، وضمانه.

التمهيد: بيان أقوال الفقهاء في حكم المساقاة على سبيل الإجمال

من المناسب قبل الكلام على تصرفات عامل المساقاة التمهيد لذلك بالإشارة -على سبيل الإجمال- إلى أقوال المقهاء في حكمها حتى يتضح للقاريء أن عدم ذكر أقوال بعض الفقهاء في التصرفات راجع إلى عدم قولهم بمشروعية المساقات أصلاً، وذلك كما يلي:

اختلف الفقهاء في مشروعية المساقاة على قولين:

القول الأول: أن المساقاة مشروعة.

وبهذا قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة[١] والمالكية[٢].

والشافعية[٣] والحنابلة[٤].

القول الثاني: أن المساقاة غير مشروعة.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة، وزفر من أصحابه[٥].

والراجح هو القول الأول القائل بمشروعيتها لفعل النبي ﷺ مع أهل خيبر حيث عاملهم على شطر ما يخرج منها من

---

(١) الكتاب للقدوي ٢/ ٢٣٣، بدائع الصنائع ٦/ ١٨٥، الهداية ٤/ ٥٩.
(٢) المدونة ٥/ ٢، الإشراف ٢/ ٦٢، بداية المجتهد ٢/ ٢٤٤، القوانين الفقهية ص ٢٨٤.
(٣) حلية العلماء ٥/ ٣٦٤، المهذب ١/ ٣٩٧، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٣.
(٤) المغني ٥/ ٥٥٦، المذهب الأحمد ص ١٠٤، العدة ص ٢٥٧، المبدع ٥/ ٤٥.
(٥) بدائع الصنائع ٦/ ١٨٥، الهداية ٤/ ٥٩، مجمع الأنهر ٢/ ٥٠٤.

ثمر أو زرع حينما فتحها الله عليه[١]، ثم أقرهم على ذلك خلفاؤه الراشدون من بعده، وأجمع الصحابة- رضي الله عنهم- على ذلك[٢].

المطلب الأول: مساقاة العامل غيره على الشجر

إذا أراد عامل لمساقاة أن يساقي على الشجر غيره، فهل يملك ذلك مطلقاً، أو لا بدّ من إذن صاحب الشجر، أو يكفي في ذلك إطلاق التصرف، أو يملكه بشرط أمانة العامل الثاني؟

اختلف من قال من الفقهاء بمشروعية المزارعة في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن العامل لا يملك مساقاة غيره على الشجر إلا بإذن صاحبها.

---

(١) رواه من حديث عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما- البخاري في كتاب الإجارة باب إذا استأجر أرضا فمات أحدهما ٣/ ٥٥، وفي كتاب الحرث والمزارعة باب المزارعة بالشطر ٣/ ٦٨، وباب المزارعة مع اليهود ٣/ ٦٩.
ومسلم في كتاب المساقاة -باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع ٣/ ١١٨٦ ومابعدها، الأحاديث ١-٦.
وابو داود في كتاب البيوع -باب في المساقاة ٣/ ٢٦٢، حديث رقم ٣٤٠٨.
والترمذي في أبواب الأحكام -باب ما ذكر في المزارعة ٢/ ٤٢١، حديث رقم ١٤٠١.
وابن ماجه في كتاب الرهون -باب معاملة النخيل والكرم ٢/ ٨٢٤، حديث رقم ٢٤٦٧.
والدارمي في كتاب البيوع -باب إن النبي ﷺ عامل خيبر ٢/ ١٨٣.
وأحمد ٢/ ١٧، ٢٢، ١٣٧، ١٥٧.

(٢) المغني ٥/ ٥٥٤.

وبهذا قال الحنابلة[(١)].

القول الثاني: أن العامل لايملك مساقاة غيره على الشجر إلا بإذن صاحبها، أو إطلاقه التصرف للعامل.

وبهذا قال من قال بمشروعية المساقاة من الحنفية[(٢)].

القول الثالث: أن العامل يملك مساقاة غيره على الشجر إذا كانت المساقاة في الذمة[(٣)]، ولا يملكها إذا كانت على عينه إلا بإذن صاحب الشجر، فإن فعل انفسخت.

وبهذا قال المالكية[(٤)]، والشافعية[(٥)].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن العامل في المساقاة عامل في المال بجزء من نمائه، فلم يجز أن يعامل غيره فيه بدون إذن صاحبه، كالمضارب[(٦)].

---

(١) المغني ٥/ ٥٧٨، للانصاف ٥/ ٤٧٩، كشاف القناع ٣/ ٥٤١.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ١٨٧، الفتاوى الهندية ٥/ ٢٧٨، ٢٨٤، الدر المنتقى ٢/ ٣٤٨، حاشية رد المحتار ٦/ ٢٩٣.

(٣) وذلك كأن يقول له: ألزمت ذمتك سقي هذه الأشجار وتعهدها.
(حاشية الجمل ٣/ ٥٢٦)

(٤) المدونة ٥/ ٨، مواهب الجليل ٥/ ٣٨٣، الفواكه الدواني ٢/ ١٨١، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ٣/ ٥٤٥.

(٥) الإقناع للماوردي ص ١١١، روضة الطالبين ٥/ ١٦٧، مغني المحتاج ٢/ ٣٣١، أسنى المطالب ٢/ ٤٠١، حاشية الجمل ٣/ ٥٢٦، فتح الوهاب ١/ ٢٤٤.

(٦) المغني ٥/ ٥٧٨، الإنصاف ٥/ ٥٧٩، كشاف القناع ٣/ ٥٤١.

٢. أن صاحب الشجر إنما أذن لعامل في العمل، فلم يملك الإذن لغيره في ذلك، كالوكيل[١].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن دفع عامل المساقاة الشجر إلى غيره إثبات للشركة في مال غيره بغير إذنه، فلا يصح، فإن فوّض التصرف إليه كأن قال له: اعمل فيه برأيك، فقد أذن له، فيصح[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن التفويض بقوله: اعمل فيه برأيك، ليس بإذنٍ ظاهرٍ في الدفع إلى غيره، وإنما ظاهرة إطلاق تصرف العامل فيما حصلت المساقاة عليه بنفسه فقط، فلا يصح.

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول على عدم ملكية العامل لمساقاة غيره إذا كانت على عينه إلا بإذن صاحب الشجر بما استدل به أصحاب القول الأول من القياس على عامل المضاربة[٣].

ولم أطلع على دليلٍ لهم على ملكية العامل لمساقاة غيره إذا كانت المساقاة في الذمة.

---

(١) المغني ٥/ ٥٧٨.
(٢) بدائع الصنائع ٦/ ١٨٧.
(٣) حاشية الجمل ٣/ ٥٢٦.

التجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية عامل المساقاة لمساقاة غيره على الشجر إلا بإذن صاحبها، لقوة ما استدلوا به، ولأن صاحب الشجر قد لا يرضى بتولي العامل الآخر التصرف بشجره.

المطلب الثاني: تلف الشجر تحت يد العامل، وضمانه

اتفق من قال بمشروعية المساقاة من أصحاب المذاهب الأربعة كما تقدم[١] في التمهيد على أن عامل المساقاة يُعَدُّ أميناً على ما في يده، ولا يجوز له التعدي عليه أو التفريط في حفظه، فإن تعدى بتصرف لا يملكه مما سبق أو غيرها، أو فرّط ضمن.

فقد قال بذلك من قال بمشروعية المساقاة من الحنفية وهما أبو يوسف، ومحمد بن الحسن[٢].

وبه قال المالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

الدليل:

استدلوا بما يلي:

أن رب المال قد ائتمن العامل بدفع ماله إليه، فيُعَدُّ أميناً عليه، فلا يضمن إلا بتعدٍ أو تفريطٍ قياساً على عامل المضاربة[٦].

---

(١) ص٢٩٩.

(٢) النتف في الفتاوى ١/ ٥٢٩، وحاشية رد المحتار ٦/ ٢٨٣.

(٣) الفروق ٢/ ٢٠٧، بداية المجتهد ٢/ ٢٥٠.

(٤) الوجيز ١/ ٢٢٩، المهذب ١/ ٤٠٠، فتح الجواد ١/ ٥٨٤، حاشية قليوبي ٢/ ٢٧٦.

(٥) المغني ٥/ ٥٧٤، المحرر ١/ ٣٥٥.

(٦) المغني ٥/ ٥٧٤.

المبحث الثاني

تصرفات عامل المزارعة في الزرع

وفيه تمهيد، وثلاثة مطالب:

التمهيد: وفيه بيان أقوال الفقهاء في حكم المزارعة على سبيل الإجمال.

المطلب الأول: مزارعة العامل غيره على الزرع.

المطلب الثاني: زراعة العامل غير ما أمر بزراعته.

المطلب الثالث: تلف الزرع تحت يد العامل، وضمانه.

التمهيد: بيان أقوال الفقهاء في حكم المزارعة على سبيل الإجمال

من المناسب قبل الكلام على تصرفات عامل المزارعة التمهيد لذلك بالإشارة على سبيل الإجمال إلى أقوال الفقهاء في حكمها حتى يتضح للقاريء أن عدم ذكر أقوال بعض الفقهاء في التصرفات راجع إلى عدم قولهم بمشروعية المزارعة أصلا، وذلك كما يلي:

اختلف الفقهاء في مشروعية المزارعة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المزارعة مشروعة مطلقاً.

وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة[1]، وبعض المالكية[2].

وبعض الشافعية[3]، وبه قال الإمام أحمد في الرواية المشهورة عنه، وبها أخذ أصحابه[4].

القول الثاني: أن المزارعة لا تشرع إلا تبعاً للمساقاة، كان يكون بين الشجر في المساقاة بياضاً.

وبهذا قال الإمام مالك، وجمهور أصحابه[5]، والإمام

---

(١) المبسوط ٢٣/١٧، النتف في الفتاوى ٢/٥٤٨، بدائع الصنائع ٦/ ١٧٥.

(٢) القوانين الفقهية ص ٢٨٥.

(٣) روضة الطالبين ٥/١٦٨.

(٤) المغني ٥/ ٥٨١-٥٨٢، العدة ص ٢٥٨، المبدع ٥/ ٥٥، الإنصاف ٥/ ٤٨١.

(٥) الإشراف ٢/ ٦٣، الكافي لابن عبد البر ٢/ ٧٥٩، القوانين الفقهية ص ٢٨٥.

الشافعي، وأكثر أصحابه[١].

القول الثالث: أن المزارعة لا تشرع مطلقاً.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة، وزفر من أصحابه[٢]، وهو رواية عن الإمام أحمد[٣].

والراجح: هو القول الأول القائل بمشروعيتها مطلقاً، لفعل النبي ﷺ مع أهل خيبر حيث عاملهم على شطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر[٤]، ثم اقرهم خلفاؤه الراشدون من بعده على ذلك، ولم ينكر ذلك أحد من الصحابة -رضي الله عنهم-، فكان إجماعا منهم[٥].

المطلب الأول: مزارعة العامل غيره على الزرع

إذا أراد عامل المزارعة أن يزارع على الزرع عاملا غيره فهل يملك ذلك إذا أذن له صاحب الزرع، أو يختلف ذلك باختلاف مصدر البذر؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن عامل المزارعة لا يملك مزراعة غيره إلا بإذن صاحب الأرض.

وبهذا قال الحنابلة[٦].

---

(١) المهذب ١/ ٤٠٠، حلية العلماء٥/ ٣٧٨، روضة الطالبين ٥/ ١٦٨.

(٢) النتف في الفتاوى ٢/ ٥٤٨، بدائع الصنائع ٦/ ١٨٥، اللباب ٢/ ٢٢٨.

(٣) الفروع ٤/ ٤١١، الإنصاف ٥/ ٤٨١.

(٤) سبق تخريجه من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ص ٣٠٠.

(٥) المغني ٥/ ٥٨٣-٥٨٤.

(٦) المغني ٥/ ٥٧٨، الإنصاف ٥/ ٤٧٩، كشاف القناع ٣/ ٥٤١.

القول الثاني: أنه إن كان البذر من صاحب الأرض لم يملك العامل مزارعة غيره إلا بإذن صاحب الأرض سواء كان صريحاً أو دلالة كأن يقول: اعمل برأيك، وإن كان البذر من العامل ملكها بدون إذن صاحب الأرض.

وبهذا قال من قال بمشروعية المزارعة من الحنفية[1].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما سبق[2] أن استدلوا به على عدم ملكية مساقاة عامل المساقاة غيره، وهو:

١.أن العامل في المزارعة عامل في المال بجزء من نمائه، فلم يجز أن يعامل غيره فيه، قياسا على المضارب[3].

٢.أن صاحب الأرض إنما أذن للعامل في العمل، فلم يجزأن يأذن لغيره، كالوكيل[4].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية عامل المزارعة لمزارعة غيره إذا كان البذر من صاحب الأرض ولم يأذن في ذلك بما يلي:

---

(١) المبسوط ٢٣/ ٧٠، مجمع الضمانات ص٣٢٣، الفتاوى الهندية ٥/ ٢٥٠.

(٢) ص ٣٠١-٣٠٢.

(٣) المغني ٥/ ٥٧٨، الإنصاف ٥/ ٤٧٩، كشاف القناع ٣/ ٥٤١.

(٤) المغني ٥/ ٥٧٨.

١. أن مزارعة العامل غيره توجب لهذا المزارع شركة من الخارج من يدرب الأرض، ورب الأرض إنما رضي بشركة العامل لا بشركة غيره[١].

٢. أن العامل لا يملك نصيبه قبل إقامة العمل، فلا يتمكن من إيجابه لغيره بمطلق العقد، ولا يتمكن من إيجاب نصيب صاحب الأرض لغيره؛ لأن صاحب الأرض لم يرض به[٢].

ثانياً: واستدلوا على ملكية عامل المزارعة لمزارعة غيره إذا كان البذر منه بما يلي:

أنه إذا كان البذر من العامل فإنه يعد مستأجراً للأرض ببعض الخارج منها، فله أن يتصرف فيها بالدفع مزارعة على الوجه الذي يتصرف في أرض نفسه، كما أنه لو استأجر بدراهم كان له أن يدفعها مع البذر مزارعة، فكذلك إذا استأجرها ببعض الخارج[٣].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأنه إذا كان البذر من العامل فإن ذلك يعد إجارة ببعض الخارج؛ لأن هناك فرقاً بين الإجارة وبين ذلك، ففي الإجارة يستحق صاحب العين الأجرة مطلقا، أي سواء استفاد المستأجر

---

(١) المبسوط ٢٣/ ٧٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

أم لا، أما هنا فإن العامل إذا لم يستفد بأن لم يثمر الزرع فإن صاحب الأرض لا يستحق شيئاً؛ لأنهما يشتركان في الربح والخسارة.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول بأن عامل المزارعة لا يملك مزارعة غيره إلا بأذن صاحب الأرض؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن صاحب الأرض قد يثق بالعامل في استثمار الأرض ولا يثق بغيره.

المطلب الثاني: زراعة عامل المزارعة غير ما أُمِرَ بزراعته

إذا تعاقد عامل المزارعة مع صاحب الأرض على زراعة نوع معين كأن تعاقد معه على زراعة حنطة فهل يملك زراعة نوع آخر كشعير، أو ذرة، أو نحو ذلك، أو لا يملك إلا زراعة ذلك النوع؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن عامل المزارعة لا يملك زراعة غير ما أُمِرَ به مطلقاً، أي سواء كان أقل منه ضرراً أم مثله أم أكثر.

وبهذا قال من قال بمشروعية المزارعة من الحنفية وهما أبو يوسف ومحمد بن الحسن[1].

القول الثاني: أن عامل المزارعة يملك زراعة غير ما أُمِرَ به إذا كان مثله في الضرر أو دونه، كما إذا أمر بزراعة حنطة فزرع شعيراً،

---

(١) مجمع الضمانات ص ٣١٥، الفتاوى الهندية ٥/ ٢٥٢.

أو ما ضرره أقل من الحنطة، ولا يملك ما هو أكثر ضرراً.

وبهذا قال من قال بمشروعية المزارعة من المالكية[١].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استُدِلَّ لأصحاب هذا القول بما يلي:

أن عامل المزارعة إذا زرع غير ما أُمِرَ به فقد خالف مقتضى العقد، فلا يملكه[٢].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن ما كان مثل الزرع الذي أُمِرَ به العامل في الضرر أو أقل منه زرع لا يضرر بالأرض ضرراً زائداً على الضرر المشترط، فأشبه زراعة ما أمر به، فيملكه[٣].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن العقد ليس على انتفاع العامل لنفسه بالأرض كما في الإجارة، وإنما العقد على زراعة الحب المعين في هذه الأرض ليكون الناتج مشتركاً بين العامل وصاحبها، فتعيين النوع مقصود في العقد، فلا يملك العامل تغييره.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو

---

(١) الإشراف ٢/ ٦٤.

(٢) الفتاوى الهندية ٥/ ٢٥٢.

(٣) الإشراف ٢/ ٦٤.

القول الأول القائل بعدم ملكية عامل المزراعة لزراعة غير ما أمِرَ به مطلقاً، أي سواء كان أقل منه ضرراً أم مثله أم أكثر؛ لقوة ما استدلوا به، ولما فيه من تحقيق غرض صاحب الأرض حيث قصد بالعقد الحصول على مقدار من النوع الذي عقد عليه كالحنطة، أو الشعير أو نحو ذلك، وذلك لا يتم إلا بزراعة العامل لهذا النوع.

المطلب الثالث: تلف الزرع تحت يد العامل، وضمانه

الظاهر من كلام من قال بمشروعية المزارعة من أصحاب المذاهب الأربعة كما تقدم في التمهيد اتفاقهم على أن عامل المزارعة يعد أمينا على ما في يده، لا يجوز له التعدي عليه أو التفريط في حفظه، فإن تعدى بتصرف لا يملكه مما سبق أو غيرها، أو فرّط ضمن.

فقد قال بذلك من قال بمشروعية المزارعة من الحنفية وهما أبو يوسف ومحمد بن الحسن[١].

وهو الظاهر من قول المالكية، والشافعية حيث قالوا بأن عامل المساقاة يعد أمينا كما سبق[٢] فكذلك عامل المزارعة؛ لأن كل منهما عامل في مال غيره بإذنه بجزء من الربح.

وبه قال الحنابلة[٣].

الدليل:

يمكن الاستدلال لهم بما يلي:

---

(١) النتف في الفتاوى ١/ ٥٢٩، حاشية رد المحتار ٦/ ٢٨٢-٢٨٣.

(٢) ص ٣٠٣.

(٣) المحرر ١/ ٣٥٥.

أن العامل في عقد المزارعة عامل في مال غيره بإذنه بجزء معلوم من الربح، فيعد أميناً على ذلك المال، قياسا على عامل المضاربة، وعامل المساقاة.

الفصل الرابع
تصرفات المستأجر[1]
في العين المستأجرة، والأجير فيما تحت يده

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تصرفات المستأجر في العين المستأجرة.

المبحث الثاني: تصرفات الأجير فيما تحت يده.

---

(١) سبق تعرف الإجارة في اللغة والشرع ص١١٤.

المبحث الأول

تصرفات المستأجر في العين المستأجرة

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: رهن العين المستأجرة.

المطلب الثاني: إجارة العين المستأجرة.

المطلب الثالث: إعارة العين المستأجرة.

المطلب الرابع: إيداع العين المستأجرة.

المطلب الخامس: استيفاء المستأجر المنفعة بالوكيل ونحوه.

المطلب السادس: استيفاء المستأجر منفعة أكثر من المنفعة التي عقد عليها.

المطلب السابع: تلف العين المستأجرة تحت يد المستأجر، وضمانه.

المطلب الأول: رهن المستأجر للعين المستأجرة

إذا استأجر إنسان عيناً كدار ليسكنها، أو أرضا ليزرعها، ثم استدان ديناً وأراد أن يرهن هذه العين فهل يملك ذلك، أو لا يملكه ؟

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على عدم ملكية المستأجر لرهن العين المستأجرة إلا إذا استأجرها لذلك.

فقد قال بذلك الحنفية[1].

وهو الظاهر من قول المالكية، والشافعية، والحنابلة حيث إن القاعدة عندهم أن ما جاز بيعه جاز رهنه، وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه[2]. ومعلوم أن المستأجر لا يملك بيع العين المستأجرة؛ لأنه ليس مالكاً لها بل هو مالك لمنفعتها فقط.

الدليل:

استدلوا بما يلي:

أن المقصود من الرهن أن يباع ويستوفى منه الحق عند عدم الوفاء، والمستأجر لا يملك بيع العين المستأجرة؛ لعدم ملكه لها؛ لأن الإجارة تمليك للمنفعة دون العين، فلا يملك رهنها[3].

---

(١) النتف في الفتاوى ٢/ ٥٥٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٧٤، الدر المنتقى ٢/ ٣٤٨، لسان الحكام ص ٢٧٥.

(٢) الكافي لابن عبد البر ٢/ ٨١٢، بداية المجتهد ٢/ ٤٧٢، المهذب ١/ ٣٥١، روضة الطالبين ٤/ ٤٠، الكافي لابن قدامة ٢/ ١٣٦، المبدع ٤/ ٢١٥، التوضيح ص ١٧١، الإنصاف ٥/ ١٤٨.

(٣) المهذب ١/ ٣١٥، الكافي لابن قدامة ٢/ ١٣٦، المبدع ٤/ ٢١٥.

المطلب الثاني: إجارة المستأجر للعين المستأجرة

وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: إجارة المستأجر للعين قبل قبضها.

المسألة الثانية: إجارة المستأجر للعين بعد قبضها.

المسألة الثالثة: مقدار الأجرة التي يصح للمستأجر التأجير بها عند القائلين بملكيته للتأجير.

المسألة الرابعة: شروط إجارة العين المستأجرة عند القائلين بملكية المستأجر لإجارتها.

المسألة الأولى: إجارة المستأجر للعين المستأجرة قبل قبضها

إذا استأجر إنسان عيناً كدار، أو سيارة، أو نحو ذلك لينتفع بها، ولكنه لم يقبضها من صاحبها، فأراد أن يؤجرها لغيره إما لاستغنائه عنها، أو لغير ذلك من الأسباب، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المستأجر لا يملك إجارة العين قبل قبضها إلا من المؤجر.

وبهذا قال الشافعية في الوجه الصحيح عندهم[1]، وهو وجه عند الحنابلة[2].

---

(١) المهذب ١/ ٤١٠، حلية العلماء ٥/ ٤٠١، مغني المحتاج ٢/ ٣٤٩.

(٢) المغني ٦/ ٥٤، المبدع ٥/ ٨٠، الإنصاف ٦/ ٥٣.

القول الثاني: أن المستأجر يملك إجارة العين قبل قبضها مطلقاً.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة، وصاحبه أبو يوسف[1]، وبه قال المالكية[2].

وهو وجه عند الشافعية[3]، وهو الوجه الصحيح عند الحنابلة[4].

القول الثالث: أن المستأجر لا يملك إجارة العين قبل قبضها مطلقاً.

وبهذا قال محمّد بن الحسن من الحنفية[5]، وهو وجه عند الشافعية[6]، وبه قال بعض الحنابلة[7].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدلَّ أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية المستأجرة للإجارة قبل القبض من غير المؤجر بما يلي:

أن المستأجر لا يملك إجارة العين قبل قبضها قياساً على البيع،

---

(١) الفتاوى الهندية ٤/ ٤٢٥، حاشية رد المحتار ٦/ ٩١.

(٢) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٤٨.

(٣) المهذب ١/ ٤١٠، حلية العلماء ٥/ ٤٠١.

(٤) المغني ٦/ ٥٤، المبدع ٥/ ٨٠، الإنصاف ٦/ ٣٥.

(٥) الفتاوى الهندية ٤/ ٤٢٥، حاشية رد المحتار ٦/ ٩١.

(٦) المهذب ١/ ٤١٠، حاشية العلماء ٥/ ٤٠١، مغني المحتاج ٢/ ٣٤٩.

(٧) الإنصاف ٦/ ٣٥.

حيث لا يصح بيع المبيع قبل قبضه؛ لأن في كل منهما تمليكاً في عقد معاوضة[(١)].

ثانياً: واستدلوا على ملكية المستأجر لإجارة المؤجر بما يلي:

أن القبض لا يتعذر على المؤجر، لأن العين في قبضته، فتصح الإجارة له، بخلاف الأجنبي فيتعذر عليه ذلك، فلا تصح الإجارة له قبل القبض[(٢)].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن المعقود عليه في الإجارة هو المنافع، والمنافع لا تصير مقبوضة بقبض العين، فلم يؤثر فيها قبض العين، فتصح إجارة العين قبل قبضها[(٣)].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بما ذكره ابن مفلح من أن قبض العين قائم مقام قبض المنفعة، فإذا لم تقبض العين لم تصح إجارتها[(٤)].

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما استدل به أصحاب القول الأول على

---

(١) المهذب ١/ ٤١٠، المغني ٦/ ٥٤، المبدع ٥/ ٨٠.
(٢) المهذب ١/ ٤١٠، المغني ٦/ ٥٤.
(٣) المهذب ١/ ٤١٠.
(٤) المبدع ٥/ ٨٠.

عدم ملكية المستأجر لإجارة العين قبل قبضها من غير المؤجر مع القياس على عدم صحة بيع المبيع قبل قبضه[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بالتسليم بذلك، ولكنه في حق غير المؤجر، أما المؤجر فالعين في قبضته فلا يحتاج إلى اقباض، فتصح الإجارة له.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية المستأجر لإجارة العين المستأجرة إلا للمؤجر؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن المعقود عليه في الإجارة هي المنفعة، والمستأجر لم يقبضها حتى ينقل ملكيتها إلى غيره.

هذا إذا لم تكن إجارة العين للمؤجر حيلة، فإن كانت كذلك فإنها لا تجوز، لشبهها بمسألة العينة.

قال المرداوي: «الذي ينبغي أن تقيد هذه المسألة فيما إذا أجرها لمؤجرها بما إذا لم يكن حيلة، فإن كان حيلة لم يجز قولاً واحداً، ولعله مراد الأصحاب، وهي شبيهة بمسألة العينة وعكسها»[2].

المسألة الثانية: إجارة المستأجر للعين المستأجرة بعد قبضها

إذا استأجر إنسان عيناً كدار، أو سيارة، أو دابة، أو غير ذلك مدة معينة لكي ينتفع بها، وقبضها من صاحبها لأجل ذلك، ثم أراد أن

---

(١) المهذب ٥/ ٨٠.

(٢) الإنصاف ٦/ ٣٥.

يؤجرها لغيره إما لاستغنائه عنها قبل انتهاء المدة، أو لغير ذلك من الأسباب، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المستأجر يملك إجارة العين المستأجرة بعد قبضها مطلقاً.

وبهذا قال المالكية[١]، والشافعية[٢].

وبه قال الإمام أحمد في الرواية المشهورة عنه، وبها أخذ أصحابه، وهو المذهب عندهم[٣].

وبه قال ابن حزم[٤]، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية[٥].

القول الثاني: أن المستأجر يملك إجارة العين المستأجرة بعد قبضها إذا كانت مما يتفاوت الناس في الانتفاع به.

وبهذا قال الحنفية[٦].

---

(١) المدونة ٤/ ٤٣٤، الإشراف ٢/ ٧٥، التفريع ٢/ ١٨٥، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٤٨، مواهب الجليل ٥/ ٤١٧/ حاشية الدسوقي ٣/ ٤٣٣-٤٣٤.

(٢) المهذب ١/ ٤١٠، حلية العلماء ٥/ ٤٠١، روضة الطالبين ٥/ ٢٢٤،٢٥٣، مغني المحتاج ٢/ ٣٥٠.

(٣) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٤٣٠، المغني ٦/ ٥٣، العمدة ص ٢٦٨، المحرر ١/ ٣٥٧، الفروع ٤/ ٤٤٥، المبدع ٥/ ٨٠، الإنصاف ٦/ ٣٤.

(٤) المحلى ٨/ ١٩٧.

(٥) الاختيارات الفقهية ص ١٥١.

(٦) النتف في الفتاوى ٢/ ٥٥٩، بدائع الصنائع ٤/ ٢٠٦، الفتاوى الهندية ٤/ ٤٢٥، ٤٧٢، الفتاوى البزازية ٥/ ١١٨، حاشية رد المحتار ٦/ ٢٨.

القول الثالث: أن المستأجر لا يملك إجارة العين المستأجرة بعد قبضها مطلقاً.

وبهذا قال الإمام أحمد في رواية عنه، ذكرها القاضي[(١)].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. القياس على البيع، فكما أن المشترى يملك بيع المبيع بعد قبضه، فكذلك المستأجر يملك إجارة العين المستأجرة بعد قبضها[(٢)].

٢. أن قبض المستأجر للعين قام مقام قبض المنافع، بدليل أنه يجوز له التصرف فيها، فيملك العقد عليها، كبيع الثمرة على الشجرة[(٣)].

٣. أن المستأجر قد ملك المنفعة بالعقد، فله أن يملكها لمن شاء كسائر أملاكه[(٤)].

دليل القول الثاني:

يمكن الاستدلال لأصحاب هذا القول بما يلي:

يمكن الاستدلال لهم على عدم ملكية المستأجر لإجارة العين إذا كانت مما يتفاوت الناس في الانتفاع به بأن تفاوت الناس في الانتفاع به

---

(١) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٤٣٠، المغني ٦/ ٥٣، المبدع ٥/ ٨٠، الإنصاف ٦/ ٣٤.

(٢) المهذب ١/ ٤١٠.

(٣) المغني ٦/ ٥٣.

(٤) مواهب الجليل ٥/ ٤١٧، مطالب أولي النهى ٣/ ٦٤٤.

لا ينضبط، فقد تكون المنفعة المعقود عليها في الإجارة الثانية أكثر من المنفعة المعقود عليها في الأولى، وهذا لا يصح.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن هذا غير وارد؛ لما سيأتي في المسألة الرابعة -إن شاء الله- من أن من قال بملكية المستأجر للإجارة مطلقاً يشترط أن تكون المنفعة مثل المنفعة المعقود عليها في الأولى أو أقل، فإن كانت أكثر فإنها لا تصح، وبهذا لا تحصل زيادة في الانتفاع على ما عقد عليه المستأجر الأول.

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

ما رواه عبدالله بن عمرو بن العاص -رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم تضمن، ولا بيع ما ليس عندك»[1].

الشاهد من الحديث قوله ﷺ: «ولا ربح ما لم تضمن».

وجه الاستدلال:

حيث إن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم بضمن، والمنافع هنا لم تدخل في ضمان المستأجر، فلا يملك العقد عليها[2].

---

(١) سبق تخريجه ص١٦٣.

(٢) المغني ٦/ ٥٣.

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة، وشيخ الإسلام ابن تيمية بعدم التسليم بأن المنافع لا تدخل في ضمان المستأجر، بل هي داخلة في ضمانه، بدليل أنها لو فاتت من غير استيفاء لها كانت من ضمانه(١).

ثانياً: من المعقول:

أن إجارة المستأجر للعين عقد على ما لم يدخل في ضمانه، فلم يملكه قياسا على بيع المكيل والموزون قبل قبضه(٢).

مناقشة هذا الدليل:

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: ناقشه ابن قدامة، وابن مفلح بما سبق في الدليل الثاني من أدلة أصحاب القول الأول من أن قبض العين قائم مقام قبض المنافع، كبيع الثمر على الشجر، فيبطل قياسهم لهذا الأصل(٣).

الوجه الثاني: يمكن مناقشته بما تقدم من مناقشة الدليل السابق.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية المستأجر لإجارة العين المستأجرة بعد قبضها؛ لقوة ما

---

(١) المرجع السابق، مجموع الفتاوى ٣٠/ ٢٦١.

(٢) المغني ٦/ ٥٣.

(٣) المرجع السابق، والمبدع ٥/ ٨٠.

استدلوا به، ولما في ذلك من تحقيق المصلحة للمستأجر ودفع الضرر عنه، فقد يستأجر شيئاً كدار للسكنى ثم تنتهي منه حاجته قبل انتهاء مدة الإجارة، والإجارة عقد لازم، فيتضرر بعدم الاستفادة من بقية المدة مع أنها محسوبة عليه، وهذا الضرر يزول بإجارتها لغيره بقية المدة.

ولكن هذه الإجارة لها شروط سيأتي بيانها -إن شاء الله- في المسألة الرابعة.

وإذا كانت الإجارة للمؤجر فإنه يجب تقييدها بما سبق في الترجيح في المسألة السابقة من ألا يكون ذلك حيلة؛ لئلا تشبه بيع العينة.

المسألة الثالثة: مقدار الأجرة التي يصح للمستأجر التأجير بها عند القائلين بملكيته للتأجير

تقدم في المسألتين السابقتين أن من الفقهاء من يقول بملكية المستأجر لإجارة العين المستأجرة، بل قال به أكثرهم، ولكن ما هو المقدار الذي يصح له التأجير به؟.

اتفق من قال بملكية المستأجر للإجارة من أصحاب المذاهب الأربعة على صحة إجارة المستأجرة بمثل ما استأجرها به، أو أقل.

فقد قال بذلك الحنفية[1]، والمالكية[2].

والشافعية[3]، والحنابلة[4].

---

(١) الفتاوى الهندية ٤/ ٤٢٥.

(٢) التفريع ٢/ ١٨٥، الإشراف ٢/ ٧٥، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٤٨.

(٣) المهذب ١/ ٤١٠، حلية العلماء ٥/ ٤٠١.

(٤) المغني ٦/ ٥٥، المبدع ٥/ ٨١، الإقناع ٢/ ٢٩٤.

ولكنهم اختلفوا في إجارتها بأكثر مما استأجرها به، وذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أنه يصح للمستأجر إجارة العين بأكثر مما استأجرها به مطلقاً، وتطيب له الزيادة.

وبهذا قال المالكية[1]، والشافعية[2].

وبه قال الإمام أحمد في الرواية المشهورة عنه، وبها أخذ أصحابه، وهو المذهب عندهم[3].

وبه قال ابن حزم[4]، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية[5].

القول الثاني: أنها تصح إجارة المستأجر للعين بأكثر مما استأجرها به إلا أنه إن كانت الأجرة الثانية من جنس الأولى فإن الزيادة لا تطيب له، وعليه أن يتصدق بها، وإن لم تكن من جنسها، أو أحدث في العين زيادة كزيادة المباني في الدار، أو إصلاح أبوابها، أو نحو ذلك فإن الزيادة في الأجرة تطيب له.

وبه قال الحنفية[6].

---

(١) التفريع ٢/ ١٨٥، الإشراف ٢/ ٧٥، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٤٨، مواهب الجليل ٥/ ٤١٧.

(٢) المهذب ١/ ٤١٠، حلية العلماء ٥/ ٤٠١.

(٣) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٤٣٠، المغني ٦/ ٥٥، القواعد لابن رجب ص ١٩٧، مجموع الفتاوى ٣٠/ ٣٦٠-٣٦١، ٣٢/ ٣٠٨، الفروع ٤/ ٤٤٥، الإنصاف ٦/ ٣٤.

(٤) المحلى ٨/ ١٩٧.

(٥) مجموع الفتاوى ٣٠/ ٣٦١، ٣٢/ ٣٠٨، الاختيارات الفقهية ص ١٥٢.

(٦) النتف في التفاوى ٢/ ٥٥٩، بدائع الصنائع ٤/ ٢٠٦، المبسوط ١٥/ ١٣٠-١٣١، الفتاوى الهندية ٤/ ٤٢٥.

القول الثالث: أنه يصح للمستأجر إجارة العين بأكثر مما استأجرها به إن كان قد أحدث فيها عمارة أو عملا يزيد فيها، وإن لم يحدث فيها شيئا لم يصح، فإن فعل فعليه التصدق بالزيادة.

وبهذا قال الإمام أحمد في رواية عنه[1].

القول الرابع: أنه لا يصح للمستأجر إجارة العين بأكثر مما استأجرها به إلا بإذن المؤجر.

وبهذا قال الإمام أحمد في رواية عنه[2].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

ما روته عائشة [3] -رضي الله عنها- قالت: قال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان»[4].

---

(١) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٤٣١، المغني ٦/ ٥٥، مجموع الفتاوى ٣٠/ ٢٦١، المبدع ٥/ ٨١، الإنصاف ٦/ ٣٤.

(٢) المغني ٦/ ٥٥، القواعد لابن رجب ص ٢١٠، الإنصاف ٦/ ٣٤.

(٣) هي أم المؤمنين عائشة بنت أبي بكر الصديق، الصديقة بنت الصديق، زوجة رسول الله ﷺ، تزوجها قبل الهجرة بسنتين، وقيل: ثلاث، وكان عمرها ست سنين، وبنى بها بالمدينة وهي بنت تسع، وكانت من أفقه الناس وأحسنهم رأيا، قال عروة: ما رأيت أحداً أعلم بفقه ولا بطب ولا بشعر من عائشة، روت عن النبي ﷺ كثيراً، وتوفيت سنة ٥٧هـ، وقيل: ٥٨هـ.
(طبقات ابن سعد ٨/ ٥٨، أسد الغابة ٥/ ٥٠١-٥٠٤، الإصابة ٨/ ١٣٩-١٤١).

(٤) رواه أبو داود في كتاب البيوع والإجارات -باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيباً ٣/ ٢٨٤، حديث رقم ٣٥٠٨، وسكت عنه، واللفظ له.

=

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأنه دلَّ على أن ما خرج من الشيء من غلة، أو منفعة أو عين فهو من نصيب مالك هذا الشيء مقابل ما كان عليه من ضمان الملك، ومعلوم أن منافع العين المستأجرة مملوكة للمستأجر، وإذا فاتت من غير استيفاء كانت من ضمانه، وإذا كان الأمر كذلك فإن ما نتج عن هذه المنافع من غلة، وهي الأجرة سواء أكانت قليلة أم كثيرة فهي لمالك المنافع وهو المستأجر.

ثانياً: من المعقول:

١. أن إجارة المستأجر للعين عقد يجوز برأس المال، فيجوز بزيادة،

والترمذي في كتاب البيوع -باب ما جاء في من يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا ٢/ ٣٧٦-٣٧٧، حديث رقم ١٣٠٣ عن مخلد بن مفاف عن عروة عن عائشة، وقال: هذا حديث حسن، وقد روي هذا الحديث من غير هذا الوجه، والعمل على هذا عند أهل العلم.

ورواه أيضاً في ٢/ ٣٧٧، حديث رقم ١٣٠٤عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة، وقال: «وهذا حديث صحيح غريب من حديث هشام بن عروة».

والنسائي في كتاب البيوع -باب الخراج بالضمان ٧/ ٢٥٤-٢٥٥، حديث رقم ٤٤٩٠.

وابن ماجه في كتاب التجارات -باب الخراج بالضمان ٢/ ٧٥٣-٧٥٤، حديث رقم ٢٢٤٣.

وأحمد ٦/ ٤٩، ١٦١، ٢٠٨.

والحاكم في كتاب البيوع ٢٣/ ١٥، وسكت عنه، وقال الذهبي في تلخيصه: «صحيح».

والدارقطني في كتاب البيوع ٣/ ٥٣، حديث رقم ٢١٣.

والطحاوي في كتاب البيوع -باب بيع المصراة ٤/ ٢١-٢٢، وقال: «فتلقى العلماء هذا الخبر بالقبول».

وقال الألباني: «حسن».

(إرواء الغليل ٥/ ١٥٨).

كبيع المبيع بعد قبضه، وكما لو أحدث عمارة لا يقابلها جزء من الأجر[١].

٢. أن منافع العين في الإجارة في حكم المقبوض بدليل جواز التصرف فيها بالهبة والعارية، وبدليل أن المستأجر لو لم ينتفع بها حتى انتهت المدة كانت من ضمانه، فهي كالبيع بعد القبض، فيصح للمستأجر التصرف فيها كيف شاء بزيادة أو نقصان[٢].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم صحة أخذ الزيادة في الأجرة إذا كانت الأجرة الثانية من جنس الأولى، ولم يحدث المستأجر زيادة في العين بأدلةٍ من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

فمن السنة:

ما رواه عبدالله بن عمرو بن العاص -رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم تضمن، ولا ربح ما ليس عندك»[٣].

الشاهد من الحديث قوله ﷺ: «ولا ربح ما لم تضمن».

---

(١) الإشراف ٢/ ٧٥، المهذب ١/ ٤١٠، المغني ٦/ ٥٥، المبدع ٥/ ٨١.

(٢) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٤٣١.

(٣) سبق تخريجه ص ١٦٣.

وجه الاستدلال:

وجه السرخسي، والكاساني الاستدلال بهذا الحديث بأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن، وأخذ المستأجر زيادة على ما استأجر به من ذلك، لأن المنافع لم تدخل في ضمانه، بدليل أنها لو انهدمت الدار مثلا لم يلزمه الأجرة(١).

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة، وشيخ الإسلام ابن تيمية بما تقدم في المسألة السابقة من عدم التسليم بأن المنافع لا تدخل في ضمان المستأجر، بل هي داخلة في ضمانه، بدليل أنها لو فاتت من غير استيفاء كانت من ضمانه، كما لو تلف التمر بعد بدو صلاحه والتمكن من جذاذه(٢).

ومن المعقول:

استدل لهم ابن قدامة بما يلي:

أن المستأجر في إجارته بأكثر مما استأجر به مع اتحاد الجنس في الأجرة وعدم إحداث زيادة في العين يربح فيما لم يضمن، لأنه لم يضمن المنافع، فلم تصح له الزيادة قياساً على الربح في الطعام قبل قبضه(٣).

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة بأنه قياس غير صحيح، لأن البيع ممنوع منه بالكلية

---

(١) المبسوط ١٥/ ١٣٠-١٣١، بدائع الصنائع ٤/ ٣٠٦.
(٢) المغني ٦/ ٥٥، مجموع الفتاوى ٣٠/ ٢٦١، ٣٢/ ٣٠٨.
(٣) المغني ٦/ ٥٥.

سواء ربح أم لم يربح، وهذا جائز في الجملة[١].

ثانياً: واستدلوا على الصحة مع اختلاف جنس القيمة بما يلي:

أن الزيادة عند اختلاف الجنس لا تظهر إلا بالتقويم، والعقد لا يوجب ذلك، أما مع اتحاد الجنس فيعود إليه ما غرم بعينه، ويتيقن بالفضل فيه، فعليه حينئذ أن يتصدق بذلك[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه وإن عاد إلى المستأجر ما غرم بعينه مع الفضل إلا أنه نماء ملكه، وهو المنفعة، فيصح له أخذه، كالزيادة في المبيع عند بيعه بأكثر من قيمته التي اشترى بها إذا كان الثمن الثاني من جنس الأول.

ثالثاً: واستدلوا على الصحة عند إحداث زيادة في العين بما يلي:

أن المستأجر إذا أحدث زيادة في العين المستأجرة من بناء ونحوه جازت له الزيادة على الأجرة؛ لأن الربح حينئذٍ يكون في مقابل هذا الفعل[٣].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة بأن هذا ملغي بما إذا كنس الدار ونظفها فإن ذلك يزيد في أجرها في العادة[٤].

---

(١) المغني ٦/ ٥٥.
(٢) المبسوط ١٥/ ١٣١.
(٣) المرجع السابق.
(٤) المغني ٦/ ٥٥.

دليل القول الثالث:

استدل لصاحب هذا القول بما استدل به أصحاب القول الثاني على الصحة عند إحداث زيادة في العين[١]، وقد سبق ذكره ومناقشته.

مناقشة قول أصحاب القولين الثاني والثالث بالتصدق بالزيادة:

ناقش ابن حزم ذلك بأنه باطل؛ لأنه إن كان حلالاً فإنه لا يلزمه التصدق به إلا أن يشاء، وإن كان حراماً فإنه لا يحل له أن يتصدق بما لا يملك[٢].

دليل القول الرابع:

استدل له شيخ الإسلام ابن تيميه بما استدل به أصحاب القول الثاني من أن هذا من ربح ما لم يضمن، فلا يصح[٣].

وقد سبقت مناقشته.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بصحة إجارة المستأجر للعين المستأجرة بأكثر مما استأجرها به، لقوة ما استدلوا به، ولأن المستأجر قد ملك المنافع بالعقد عليها، فله مطلق التصرف فيها، كما لو ملك عيناً من الأعيان.

---

(١) انظره في المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٤٣١.
(٢) المحلى ٨/ ١٩٨.
(٣) مجموع الفتاوى ٣٠/ ٢٦١.

المسألة الرابعة: شروط إجارة العين المستأجرة عند القائلين بملكية المستأجر لإجارتها

اشترط بعض من قال في المسألتين الأولى والثانية بملكية المستأجر لإجارة العين المستأجرة شروطاً، وهما كما يلي:

الشرط الأول:

أن يؤجر المستأجر العين لمن يقوم مقامه في الانتفاع أو دونه في الضرر، ولا يصح له تأجيرها لمن هو أكثر منه ضرراً، فإذا استأجر محلا لبيع القماش مثلا لم يصح له أن يؤجر للحداد ونحوه ممن هو أكثر منه ضرراً.

وهذا الشرط ذكره جميع من قال بملكية المستأجر لإجارة العين المستأجرة من أصحاب المذاهب اللأربعة.

فقد ذكره من قال بذلك من الحنفية[١]، والمالكية[٢].

والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

الدليل:

استدلوا على اشتراطه بما يلي:

أن المستأجر إذا أجر العين لمن هو أكثر منه ضرراً يكون مستوفياً أكثر

---

(١) بدائع الصنائع ٤/ ٢٠٦، الفتاوى الهندية ٤/ ٤٢٥.

(٢) التفريع ٢/ ١٨٥، مواهب الجليل ٥/ ٤١٧.

(٣) روضة الطالبين ٥/ ٢٢٤، مغني المحتاج ٢/ ٣٥٠.

(٤) المغني ٦/ ٥٣-٥٤، العدة ص٢٦٨، المبدع ٥/ ٨٠، الإقناع ٢/ ٢٩٤، ٣٠٣، هداية الراغب ص ٣٧٩.

من حقه، فلا يصح[١].

الشرط الثاني:

أن يؤجر المستأجر العين بقدر المدة التي استأجرها فيها، أو أقل، ولا يصح له أن يؤجرها أكثر من المدة التي استأجرها فيها، فإذا استأجر دار مثلاً لمدة سنة لم يصح له أن يؤجرها سنة ونصفاً، أو سنتين، أو نحو ذلك.

وهذا الشرط وإن لم يصرح به من قال بملكية المستأجر لإجارة العين من أصحاب المذاهب الأربعة إلا أنه مقتضى قولهم في الشرط السابق بأنه لا يصح للمستأجر أن يؤجر إلا لمن يقوم مقامه في الانتفاع، أو دونه، لا أكثر منه.

الدليل:

يمكن الاستدلال على اشتراطه بما يلي:

أن المستأجر غير مالك لمنفعة العين فيما زاد على المدة التي استأجرها فيها، ومن لا يملك الشيء لا يصح له تمليكه لغيره.

الشرط الثالث:

ألا يؤجر إلا أميناً.

وهذا الشرط ذكره الشافعية، حيث قال الشربيني[٢]: «كما يجوز أن

---

(١) العدة ص ٢٦٨، كشاف القناع ٣/ ٥٦٥.

(٢) هو محمّد بن أحمد الشربيني، القاهري، الشافعي، المشهور بالخطيب الشربيني، من أبرز فقهاء الشافعية المتأخرين، وهو إلى جانب ذلك مفسر، نحوي، متكلم، له مؤلفات منها: السراج المنير في التفسير، ومغني المحتاج في الفقه، وفتح الخالق المالك في النحو، توفي سنة ٩٧٧هـ. (شذرات الذهب ٨/ ٣٨٤، معجم المؤلفين ٨/ ٢٦٩).

يؤجر ما استأجره من غيره لكن يشترط أمانة من سلمها إليه»[1].

الدليل:

يمكن الاستدلال لاشتراط ذلك بما يلي:

أن العين المستأجرة تُعَدُّ أمانة في يد المستأجر، فيجب عليه حفظها، وهذا إنما يحصل بجعلها في يد أمين؛ لأنه أهل للحفظ، بخلاف غيره.

المطلب الثالث: إعارة المستأجر للعين المستأجرة

إذا استأجر إنسان عيناً كسيارة، أو دابة، أو غير ذلك فطلب أحد استعارتها منه للانتفاع بها، أو هو رغب في ذلك لاستغنائه عنها قبل تمام المدة، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟.

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن المستأجر يملك إعارة العين المستأجرة، وذلك بالشروط التي اشترطها من قال بملكية المستأجر للإجارة في المسألة السابقة.

فقد قال بذلك الحنفية[2]، والمالكية[3].

والشافعية[4]، والحنابلة[5].

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ٣٥٠.

(٢) النتف في الفتاوى ٢/ ٥٥٩، بدائع الصنائع ٤/ ٢٠٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٧٤، الفتاوى الهندية ٤/ ٤٧٢، الدر المنتقى ٢/ ٣٤٨.

(٣) القوانين الفقهية ص ٣٧٨، الفواكه الدواني ٢/ ٢٣٥، حاشية الدسوقي ٣/ ٤٣٤، جواهر الإكليل ٢/ ١٤٥.

(٤) المهذب ١/ ٤٠٩-٤١٠، روضة الطالبين ٤/ ٤٢٦، مغني المحتاج ٢/ ٢٦٤، فتح الجواد ١/ ٥٤٤، حاشية القليوبي ٣/ ١٨.

(٥) العمدة ص ٢٦٨، المحرر ١/ ٣٥٧، القواعد لابن رجب ص ٨١، الفروع ٤/ ٤٤٥، الإنصاف ٦/ ٤٩، غاية المنتهى ٢/ ٢٠٢.

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

أولاً: استدلوا على ملكية المستأجر للإعارة بقدر المنفعة المعقود عليها، أو أقل بما يلي:

أن المستأجر مالك لاستيفاء المنفعة بنفسه، فله أن يملكه لغيره ممن يقوم مقامه عن طريق الإعارة، لأن من ملك شيئاً ملك تمليكه لغيره[1].

ثانياً: واستدلوا على عدم ملكية المستأجر لإعارة العين المستأجرة للانتفاع بها بما هو أكثر ضرراً من المنفعة المعقود عليها بما يلي:

أن المستأجر إذا أعار العين المستأجرة للانتفاع لها بما هو أكثر ضرراً من المنفعة التي عقد عليها فقد أخذ فوق حقه، فلا يصح[2].

المطلب الرابع: إيداع المستأجر العين المستأجرة عند غيره

إذا استأجر إنسان عينا كسيارة، أو دابة، أو غير ذلك لينتفع بها، ثم أراد إيداعها عند غيره بقصد حفظها إما لاستغنائه عنها، أو لخوف عليها، أو غير ذلك، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

---

(١) روضة الطالبين ٤/ ٤٢٦، القواعد لابن رجب ص ٨١، مطالب أولي النهى ٣/ ٦٤٤، كشاف القناع ٤/ ١٥.

(٢) العدة ص ٢٦٨.

القول الأول: أن المستأجر يملك إيداع العين المستأجرة.

وبهذا قال بعض الحنفية[(١)].

وهو الظاهر من قول المالكية، والشافعية، والحنابلة، حيث قالوا بملكية المستأجر للإجارة والإعارة، كما سبق[(٢)]، فكذلك الإيداع؛ لأن في الجميع وضعاً للعين في غير يد صاحبها، بل الإيداع أولى؛ لأنه أحفظ للعين.

القول الثاني: أن المستأجر لا يملك إيداع العين المستأجرة.

وبهذا قال بعض الحنفية[(٣)].

الأدلة:

دليل القول الأول

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن المستأجر يملك إعارة العين، فكذلك يملك إيداعها، لأن الإعارة أقوى من الإيداع[(٤)].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن المستأجر أمين على العين المستأجرة، فلا يملك تسليمها إلى غير عياله[(٥)].

---

(١) النتف في الفتاوى ٢/ ٥٥٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٧٤، الفتاوى الهندية ٤/ ٤٧٢، الدر المنتقى ٢/ ٣٤٧، لسان الحكام ص ٢٧٥.

(٢) ص ٢٥٣، وص ٢٦٥.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٧٤.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن العين وإن كانت أمانة في يد المستأجر إلا أن وضعها عند ثقة لا ينافي ذلك، كما في إجارتها وإعارتها، بل الإيداع أولى؛ لأنه أحفظ لها.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية المستأجر لإيداع العين المستأجرة، لما استدلوا به، ولأنه إذا كان يملك وضعها في يد غيره للانتفاع بها عن طريق الإجارة والإعارة ونحوهما فلأن يملك وضعها فيها للحفظ أولى.

ولكن يجب عند ذلك أن يكون إيداعها عند ثقة أمين؛ لأنها أمانة في يد المستأجر، فيجب عليه أن يحفظها من الضياع والتلف، ومما يتحقق به ذلك وضعها في يد ثقة أمين عند إيداعها.

المطلب الخامس: استيفاء المستأجر المنفعة بالوكيل ونحوه

إذا استأجر إنسان عيناً لينتفع بها كدار للسكنى، أو سيارة للركوب، أو غير ذلك، فأراد أن ينيب من يستوفيها عنه عن طريق الوكالة، أو جاء ضيف فأراد أن يسكنه معه في الدار، أو وجد محتاجاً فأراد إركابه عنه في السيارة، أو نحو ذلك، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟.

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على ملكية المستأجر لاستيفاء المنفعة بغيره كالوكيل ونحوه ممن يقوم مقامه في الضرر أو دونه، لا ممن هو أكثر منه.

فقد قال بذلك الحنفية[١]، والمالكية[٢].

والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

وقد نقل ابن قدامة الإجماع على ذلك، حيث قال: «وجملته أن من استأجر عقارا للسكنى فله أن يسكنه ويسكن فيه من شاء ممن يقوم مقامه في الضرر أو دونه.. وبهذا قال الشافعي وأ صحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً»[٥].

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

أولاً: استدلوا على ملكية المستأجر لاستيفاء المنفعة بالوكيل ونحوه إذا كان مثله أو دونه في الضرر بما يلي:

١. أن المستأجر قد ملك المنفعة بالعقد، فيملك تمليكها لغيره ممن يقوم مقامه في استيفائها، كسائر أملاكه[٦].

٢. أن المستأجر يملك استيفاء المنفعة المعقود عليها بنفسه، فيملك استيفاءها بنائبه، كما لو وكل وكيلا في قبض المبيع، أو دين له[٧].

---

(١) المبسوط ١/ ١٣٠، بدائع الصنائع ٤/ ٢٠٦، البحر الرائق ٧/ ٣٠٤، حاشية رد المحتار ٦/ ٢٨.

(٢) مواهب الجليل ٥/ ٤١٧، حاشية الدسوقي ٣/ ٤٣٣.

(٣) المهذب ١/ ٤٠٩، روضة الطالبين ٥/ ٢٢٤، مغني المحتاج ٢/ ٣٥٠، نهاية المحتاج ٥/ ٣٠٦-٣٠٧.

(٤) المغني ٦/ ٥١، المذهب الأحمد ص ١٠٨، العدة ص ٢٦٨، المبدع ٥/ ٩٣، الإقناع ٢/ ٢٨٤، نيل المآرب ١/ ٤٢٩.

(٥) المغني ٦/ ٥١.

(٦) مواهب الجليل٥/ ٤١٧، نهاية المحتاج ٥/ ٣٠٦.

(٧) المغني ٦/ ٥١.

٣.أن المستأجر باستيفائه المنفعة بغيره إذا كان بمن يقوم مقامه في الضرر، أو دونه لم يزد على استيفاء حقه، فيصح[١].

ثانياً: واستدلوا على عدم ملكيته لاستيفائها بمن هو أكثر منه ضرراً بما يلي:

أن المستأجر إذا استوفى المنفعة بمن هو أكثر منه ضرراً فقد استوفى أكثر مما عقد عليه، فلا يصح له ذلك، كما لو اشترى شيئاً لم يملك أخذ أكثر منه[٢].

المطلب السادس: استيفاء المستأجر منفعة أكثر من المعقود عليه

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: زراعة المستأجر ما هو أكثر ضرراً بالأرض مما استأجرها لزراعته.

المسألة الثانية: تجاوز المستأجر للمسافة التي عقد عليها.

المسألة الثالثة: حمل المستأجر حمولة أثقل من الحمولة التي عقد عليها.

المسألة الأولى: زراعة المستأجر ما هو أكثر ضررا بالأرض مما استأجرها لزراعته

وفيها أمران:

الأمر الأول: ملكية المستأجر لزراعة ما هو أكثر ضرراً بالأرض مما

---

(١) العدة ص ٢٦٨، المبدع ٥/ ٩٣.

(٢) المغني ٦/ ٥١.

استأجرها لزراعته.

الأمر الثاني: ما يلزم المستأجر إذا زرع ما هو أكثر ضرراً بالأرض مما استأجرها لزراعته.

الأمر الأول: ملكية المستأجر لزراعة ما هو أكثر ضرراً بالأرض مما استأجرها لزراعته

إذا استأجر إنسان أرضاً لزراعة نوع معين من الحبوب، أو الخضار أو نحوها، فهل يملك زراعة ما هو أكثر منها ضرراً بالأرض، كان يستأجر لزراعة حنطة فيزرعها ذرة، أو شعير، فإن الذرة أكثر ضرراً من الحنطة[1]، أو لا يملكه؟.

للمستأجر في هذه المسألة حالتان:

الحالة الأولى: أن يستأجر الأرض لزراعة نوع معين كالحنطة ولما هو مثله أو دونه في الضرر، ويصرح بذلك عند العقد، كأن يقول لصاحب الأرض: استأجرت منك هذه الأرض لأزرعها حنطة وما ضرره كضررها أو دونه.

وفي هذه الحالة اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على ملكية المستأجر لزراعة ما استأجر لزراعته وما هو مثله أو دونه في الضرر، لا ما هو أكثر.

فقد قال بذلك الحنفية[2]، والمالكية[3].

---

(١) انظر هذا المثال في روضة الطالبين ٥/ ٢١٦، المغني ٦/ ٦٠.

(٢) مجمع الضمانات ص ١٢.

(٣) التفريع ٢/ ١٨٥، مواهب الجليل ٥/ ٤١٧.

والشافعية[١]، والحنابلة[٢].

وقد نقل الإجماع على ذلك ابن قدامة، حيث قال: «المسألة الثالثة قال ليزرعها حنطة وما ضرره كضررها أو دونه فهذه كالتي قبلها يعني في ملكية المستأجر لزراعة ما استأجر من أجله وما هو مثله أو دونه في الضرر إلا أنه لا مخالف فيها..»[٣].

الدليل:

استدلوا بما يلي:

أن المستأجر قد شرط ما اقتضاه الإطلاق، وبين ذلك تصريح نصه، فزال الإشكال في ملكيته لزراعة ما هو مثل ما استأجر من أجله، أو دونه في الضرر[٤].

الحالة الثانية: أن يستأجر الأرض لزراعة نوع معين ويحدده، كأن يقول لصاحب الأرض: استأجرت منك هذه الأرض لأزرعها حنطة.

وفي هذه الحالة اختلف الفقهاء في ملكيته لزراعة غير هذا النوع، وذلك على قولين:

القول الأول: أن المستأجر يملك زراعة ما هو مثل النوع الذي عينه في الضرر، أو دونه، لا ما هو أكثر.

---

(١) المهذب ١/ ٤٠٩، روضة الطالبين ٥/ ٢١٦.
(٢) المغني ٦/ ٦٠، كشاف القناع ٤/ ١٥.
(٣) المغني ٦/ ٦٠.
(٤) المرجع السابق.

وبهذا قال الحنفية[1]، والمالكية[2].

وأكثر الشافعية[3]، وبه قال الحنابلة[4].

القول الثاني: أن المستأجر لا يملك زراعة غير ما عينه في العقد سواء أكان مثله في الضرر، أم دونه، أم أكثر منه. وبهذا قال بعض الشافعية[5]، وبه قال الظاهرية[6].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن الراضي بأكثر الضررين يكون راضياً بأقلهما، أو بما يماثله دلالة[7].

٢. أن المعقود عليه هو منفعة الأرض دون النوع المسمى في العقد، كالحنطة مثلا، ولذا يستقر عليه العوض بمضي المدة إذا تسلم الأرض وإن لم يزرعها، وإنما ذكرت الحنطة مثلا لتقدر بها المنفعة،

---

(١) الهداية ٣/ ٢٣٨، بدائع الصنائع ٤/ ١٩٦، ٢١٣، البحر الرائق ٧/ ٣١١.

(٢) التفريع ٢/ ١٨٥، شرح الخرشي ٧/ ٣٦.

(٣) المهذب ١/ ٤٠٩، حلية العلماء ٥/ ٤١٢، روضة الطالبين ٥/ ٢١٦، أسنى المطالب ٢/ ٤٢١.

(٤) المغني ٦/ ٥٩-٦٠، المبدع ٥/ ٩٣، الإنصاف ٦/ ٥٠، كشاف القناع ٤/ ١٥.

(٥) روضة الطالبين ٥/ ٢١٦.

(٦) نقل ذلك عنهم ابن قدامة في المغني ٦/ ٦٠، ولكن ذكر ابن حزم في المحلى ٨/ ١٩٠، أن إجارة الأرض لا تجوز لا للزراعة ولا لغيرها، حيث قال: «ولا تجوز إجارة الأرض أصلا لا للحرث فيها، ولا للغرس، ولا للبناء فيها..».

(٧) مجمع الضمانات ص ١٢.

فلم تتعين، كما لو استأجر داراً ليسكنها كان له أن يسكنها غيره[١].

٣.أن المعقود عليه هو منفعة الأرض، والمزروع طريق للاستيفاء، فلا يتعين كما أنه إذا كان للإنسان حق على غيره يتخير بين أن يستوفيه بنفسه وأن يستوفيه بغيره[٢].

دليل القول الثاني:

استدل لهم ابن قدامة بما يلي:

أن المستأجر قد عين المعقود عليه بالعقد، فلم يجز غيره، كما لو عين المركوب، أو عين الدراهم في الثمن[٣].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة بأنه قياس مع الفارق، فهناك فرق بين التعيين هنا وتعيين المركوب والدراهم، لأن المركوب والدراهم معقود عليها فتعينا، والمعقود عليه هنا منفعة مقدرة وقد تعينت أيضا، ولم يتعين ما قدرت به، كما لا يتعين المكيال والميزان في المكيل والموزون[٤].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو

---

(١) المغني ٦/ ٦٠.
(٢) أسنى المطالب ٢/ ٤٢١.
(٣) المغني ٦/ ٦٠.
(٤) المرجع السابق.

القول الأول القائل بملكية مستأجر الأرض للزراعة لزراعة مثل النوع المعين في العقد في الضرر، أو دونه، دون ما كان أكثر ضرراً، لقوة ما استدلوا به، ولأنه المقصود بعقد الإجارة النوع المسمى، بل المقصود تمليك المنفعة، فإذا ملكها تصرف فيها بقدر ما يقتضيه العقد، أو دونه.

الأمر الثاني: ما يلزم المستأجر إذا زرع ما هو أكثر ضرراً بالأرض مما استأجرها لزراعته

إذا تعدى المستأجر في زراعة الأرض بأن زرع ما هو أكثر ضرراً بها مما استأجرها لزراعته كأن استأجرها لزراعة حنطة فزرعها ذرة فما الذي يلزمه؟ هل يلزمه المسمى وأجرة المثل للزيادة، أو يلزمه أجرة المثل للجميع؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أن المستأجر إذا زرع ما هو أكثر ضرراً بالأرض مما عقد عليه لزمه المسمى في العقد، وأجرة المثل للزيادة.

وبهذا قال المالكية[(١)]، والإمام الشافعي، وبعض أصحابه[(٢)].

وبه قال الإمام أحمد، وأكثر أصحابه، وهو الصحيح من المذهب عندهم[(٣)].

---

(١) التفريع ٢/ ١٨٥، الإشراف ٢/ ٧٢، مواهب الجليل ٥/ ٤١٧.

(٢) مختصر المزني مع الأم ٨/ ٢٢٥-٢٢٦، المهذب ١/ ٤٠٩-٤١٠، حلية العلماء ٥/ ٤١٢، روضة الطالبين ٥/ ٢١٦، أسنى المطالب ٢/ ٤٢١.

(٣) الكافي لابن قدامة ٢/ ٣٢٦، المذهب الأحمد ص ١٠٨، المحرر ١/ ٣٥٧-٣٥٨، العدة ص ٢٦٩، الفروع ٤/ ٤٤٧، الإنصاف ٦/ ٥١-٥٢.

القول الثاني: أن المستأجر إذا زرع ما هو أكثر ضرراً بالأرض مما عقد عليه لزمه أجرة المثل للجميع.

وبهذا قال بعض الشافعية[١]، وبعض الحنابلة[٢].

القول الثالث: أن المستأجر إذا زرع ما هو أكثر ضرراً بالأرض مما عقد عليه فالمؤجر بالخيار بين أن يأخذ المسمى وأجرة المثل للزيادة، وأن يأخذ أجرة المثل للجميع.

وهذا هو المذهب عند الشافعية[٣].

القول الرابع: أن المستأجر إذا زرع ما هو أكثر ضرراً بالأرض مما عقد عليه لزمه ضمان النقص، ولا أجرة عليه.

وبهذا قال الحنفية[٤].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدلَّ أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن المستأجر بزراعته ما هو أكثر ضرراً بالأرض مما استأجرها لزراعته قد استوفى ما استحقه وزيادة، فيجب عليه المسمى وأجرة المثل للزيادة، قياساً على ما إذا استأجر دابة ليركبها إلى

---

(١) المهذب ١/ ٤١٠، حلية العلماء ٥/ ٤١٢، روضة الطالبين ٥/ ٢١٧-٢١٨.

(٢) الكافي لابن قدامة ٢/ ٣٢٦، المحرر ١/ ٣٥٨، الفروع ٤/ ٤٤٧، الإنصاف ٦/ ٥٢-٥٣.

(٣) المهذب ١/ ٤١٠، حلية العلماء ٥/ ٤١٢، روضة الطالبين ٥/ ٢١٧.

(٤) الهداية ٣/ ٢٣٨، تبيين الحقائق ٥/ ١٢٠، البحر الرائق ٧/ ٣١١.

موضع فجاوزه[١].

٢. لكن هذا الدليل لا يرد على الحنفية، لأنهم لا يقولون بوجوب المسمى وأجرة المثل للزيادة في التجاوز في الدابة، بل يقولون بعدم وجوب الأجرة، وإنما يجب الضمان عند التلف كما سيأتي[٢] -إن شاء الله-

٣. أن الزيادة في الضرر مأذون للمستأجر فيها، فلزمه أجرتها، كما لو غصبها في الجميع[٣].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه قياس للمستأجر إذا تعدى على الغاصب، وهو قياس مع الفارق؛ لأن الغاصب غير مأذون له بالكلية، فهو يأخذ الشيء قهراً بغير حق، بخلاف المستأجر هنا إذا تعدى فهو مأذون له في الانتفاع بالعين في الجملة.

دليل القول الثاني:

استدلَّ أصحاب هذا القول بما يلي:

أن المستأجر إذا زرع ما هو أكثر ضرراً مما عقد عليه فإنه يعد متعدياً بالعدول عن المعقود عليه إلى غيره، فيلزمه ضمان أجرة المثل، كما لو

---

(١) الإشراف ٢/ ٧٣، المهذب ١/ ٤١٠، الكافي لابن قدامة ٢/ ٣٢٦.

(٢) ص ٣٥٥.

(٣) العدة ص ٢٦٩.

استأجر أرضاً للزراعة فزرع أرضاً أخرى[(١)].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه بهاء الدين المقدسي[(٢)] بأن المستأجر إنما عدل في الزيادة فقط، فنقول: فعل المعقود عليه وزاد، فتلزمه الأجرة المذكورة في العقد، وأجرة المثل للزيادة، لأنه غير مأذون فيها أشبه ما لو استأجر أرضا فزرع معها أخرى[(٣)].

دليل القول الثالث:

أن من استأجر أرضاً فزرع فيها ما هو أكثر مما عقد عليه فقد أخذ شبها ممن استأجر ظهراً إلى مكان فجاوزه وشبها ممن استأجر أرضاً للزرع فزرع غيرها، فخير بين الحكمين وهما المسمى وأجرة المثل للزيادة، أو أجرة المثل للجميع[(٤)].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن القول باستحقاق أجرة المثل للجميع هذا تشبيهاً بمن استأجر أرضا للزرع فزرع غيرها قد تقدمت مناقشة المقدسي له في

---

(١) المهذب ١/ ٤١٠، الكافي لابن قدامة ٢/ ٣٢٦، العدة ص ٢٦٩.

(٢) هو عبدالرحمن بن إبراهيم بن أحمد المقدسي، يكنى بأبي محمد، بهاء الدين، ولد سنة ٥٥٥هـ، وقيل ٥٥٦هـ، وكان يؤم مسجد الحنابلة بنابلس، ثم انتقل إلى دمشق، وتفقه فيها على موفق الدين ابن قدامة، ثم رحل إلى بغداد، فتفقه على علمائها، له مؤلفات منها: العدة شرح العمدة، ويقال: إن له شرحاً للمقنع، توفي سنة ٦٢٤هـ.
(الذيل على طبقات الحنابلة ٢/ ١٧٠-١٧١، المقصد الأرشد ٢/ ٧٨-٧٩).

(٣) العدة ص ٢٦٩.

(٤) المهذب ١/ ٤١٠، أسنى المطالب ٢/ ٤٢١.

مناقشة دليل القول الثاني، فلم يبق إلا القياس على من استأجر ظهراً إلى مكان فجاوزه في استحقاق المسمى وأجرة المثل للزيادة.

دليل القول الرابع:

أن المستأجر للزراعة إذا زرع ما هو أكثر ضرراً مما عقد عليه فهو غاصب فيضمن نقصها، ولا أجرة عليه[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته من وجهين:

الوجه الأول: يمكن مناقشته بأن هناك فرقاً بين المستأجر إذا تعدى والغاصب كما تقدم في مناقشة الدليل الثاني من أدلة القول الأول.

الوجه الثاني: على تقدير التسليم بأنه غاصب فهو غاصب للمنفعة دون العين، فيكون الضمان بأجرة المثل.

الترجيح:

بعد إمعان النظر في هذه المسألة يتضح أن جميع الأدلة فيها لا تخلو من ورود بعض المناقشات عليها، ومع هذا فالذي يظهر رجحانه فيها -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المستأجر إذا زرع ما هو أكثر ضرراً بالأرض مما عقد عليه لزمه المسمى في العقد، وأجرة المثل للزيادة؛ لأن المستأجر قد تعدى في الانتفاع، فيجب عليه الضمان في القدر الذي تعدى فيه، وهو أجرة المثل للزيادة، وهذا هو مقتضى العدل.

---

(١) الهداية ٣/ ٢٣٨، تبيين الحقائق ٥/ ١٢٠، البحر الرائق ٧/ ٣١١.

المسألة الثانية: تجاوز المستأجر للمسافة التي عقد عليها

وفيه ثلاثة أمور:

الأمر الأول: ملكية المستأجر لتجاوز المسافة التي عقد عليها.

الأمر الثاني: ما يلزم المستأجر من الأجرة إذا تجاوز المسافة التي عقد عليها.

الأمر الثالث: ضمان المستأجر للعين إذا تجاوز بها المسافة التي عقد عليها فتلفت.

الأمر الأول: ملكية المستأجر لتجاوز المسافة التي عقد عليها

إذا استأجر إنسان عيناً للسفر عليها إلى مكان معين فيتجاوزه إلى ما هو أبعد منه، كأن يستأجر سيارة للسفر عليها من الرياض إلى بريدة فيتجاوزها إلى المدينة، أو من الرياض إلى الطائف فيتجاوز ذلك إلى مكة، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟

أتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن المستأجر لا يملك تجاوز المسافة التي عقد على السفر إليها.

فقد قال بذلك الحنفية[1]، والمالكية[2].

والشافعية[3]، والحنابلة[4].

---

(١) المبسوط ١٥/ ١٧١، الهداية ٣/ ٢٣٧، بدائع الصنائع ٤/ ٢١٥.

(٢) التفريع ٢/ ١٨٥، بداية المجتهد ٢/ ٢٧٢، القوانين الفقهية ص ٢٨١.

(٣) المهذب ١/ ٤١٠، أسنى المطالب ٢/ ٤٢٧.

(٤) المغني ٦/ ٧٨، المحرر ١/ ٣٥٨، كشاف القناع ٤/ ١٨.

الدليل:

استدلوا بما يلي:

أن تجاوز المستأجر للمسافة التي عقد على السفر إليها يعد تعدياً في العين، فلا يملكه(١).

الأمر الثاني: ما يلزم المستأجر من الأجرة إذا تجاوز المسافة التي عقد عليها

إذا تعدى المستأجر المسافة التي عقد على السفر إليها فما الذي يلزمه، هل يلزمه أجر المثل للزيادة، أو لا يلزمه أجرة؟ وإذا لم تلزمه أجرة فهل تلزمه قيمة العين، أو لا تلزمه؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المستأجر إذا تجاوز المسافة التي عقد عليها لزمه المسمى، وأجرة المثل للزيادة.

وبهذا قال الإمام الشافعي، وأصحابه(٢)، والإمام أحمد، وأصحابه(٣).

القول الثاني: أن المستأجر إذا تجاوز المسافة التي عقد عليها وجب عليه المسمى، وأما الزيادة فالمؤجر بالخيار بين أخذ أجرتها، وأخذ قيمة الدابة.

---

(١) كشاف القناع ٤/ ١٨.

(٢) الأم ٤/ ٣٣، المهذب ١/ ٤١٠، حلية العلماء ٥/ ٤٣٤، روضة الطالبين ٥/ ٢٦١، أسنى المطالب ٢/ ٤٣٧.

(٣) المغني ٦/ ٧٨، المذهب الأحمد ص ١٠٨، المحرر ١/ ٣٥٨، الفروع ٤/ ٤٤٧، المبدع ٥/ ٩٥، الإنصاف ٦/ ٥٢-٥٣.

وبهذا قال المالكية[١].

القول الثالث: أن المستأجر إذا تجاوز المسافة التي عقد عليها فلا أجرة عليه، وإنما يلزمه الضمان إذا تلفت العين كما سيأتي[٢] -إن شاء الله تعالى-.

وبهذا قال الحنفية[٣].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن المستأجر إذا تجاوز المسافة التي عقد عليها فقد استوفى المعقود عليه فاستقر عليه المسمى، واستوفى زيادة فلزمه ضمان مثلها، كما لو اشترى عشرة اقفزة[٤] فقبض أحد عشر قفيزاً[٥].

٢. أن المستأجر إذا تجاوز المسافة التي عقد عليها لزمه أجرة الزيادة؛

---

(١) التفريع ٢/ ١٨٥، الإشراف ٢/ ٦٧، الكافي لابن عبد البر ٢/ ٧٥٠، بداية المجتهد ٢/ ٢٣١، القوانين الفقهية ص ٢٨١، شرح الخرشي ٧/ ٤١.

(٢) ص ٣٥٥.

(٣) بدائع الصنائع ٤/ ٢١٥، الهداية ٣/ ٢٣٧، مجمع الضمانات ص ١٣.

(٤) الأقفزة جمع قفيز، وقد اختلف العلماء في مقدار القفيز:

فقال النووي: «والقفيز في الأصل مكيال معروف، وهو مكيال يسع اثني عشر صاعا، والصاع خمسة أرطال وثلث بالبغدادي هكذا قاله أهل اللغة وأصحاب الغريب وغيرهم».

وقال البعلي: «والقفيز: مكيال، وجمعه أقفزة، وقفزان بضم القاف، قال الإمام أحمد ﷺ: قدر القفيز صاع قدره ثمانية أرطال... وقال أبو بكر: قد قيل إن قدره ثلاثون رطلا».

(تهذيب الأسماء واللغات ٣/ ١٠٠، المطلع ص ٢١٨).

(٥) المهذب ١/ ٤١٠.

لأنه غير مأذون له فيها، فلزمه أجرتها، كما لو غصبها في الجميع[١].

ويمكن مناقشته بما تقدم في الأمر الثاني من المسألة السابقة.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على أن للمؤجر أخذ قيمة العين إذا تجاوز المستأجر المسافة التي عقد عليها بما يلي:

أن المستأجر قد حبس الدابة عن أسواقها، وهذا تعد عليها في نفسها، فيضمنها تشبيهاً له بالغاصب[٢].

مناقشة هذا الدليل:

ضعّف ابن رشد دليل أصحابه هذا، حيث قال: «وأما مالك فكأنه لما حبس الدابة عن أسواقها رأى أنه قد تعدى عليها فيها نفسها فشبهه بالغاصب، وفيه ضعف»[٣].

وقد ناقشه ابن قدامة في معرض استدلاله على عدم ضمان ذات العين بقوله: «..ولنا أن العين باقية بحالها يمكن أخذها فلم تجب قيمتها كما لو كانت المسافة قريبة، وما ذكره (يعني الإمام مالك) تحكّم لا دليل

---

(١) العدة ص ٢٦٩.

(٢) الإشراف ٢/ ٦٧، بداية المجتهد ٢/ ٢٣٢.

(٣) بداية المجتهد ٢/ ٢٣٢.

عليه، ولا نظير له، فلا يجوز المصير إليه»[1].

كما يمكن مناقشته بأن هناك فرقاً بين المستأجر إذا تعدى والغاصب كما تقدم في الأمر الثاني من المسألة السابقة، وكما سيأتي في استدلالهم على أن للمؤجر أخذ الأجرة للزيادة.

ثانياً: واستدلوا على أن للمؤجر أخذ الأجرة للزيادة بما يلي:

أن المستأجر هذا ليس بغاصب، وإنما هو متعد ابتداء، وليس كل تعد يعد غصبا، بل لا يعد غصبا إلا إذا صَاحَبَه اعتقاد إمساك العين المغصوبة، وأنه لا يردها إلى يد مالكه، فأما إذا أعتقد أنه يركبها ويردها فليس بغاصب، وإنما هو متعد على المنافع، فتلزمه الأجرة[2].

دليل القول الثالث:

استدل ابن قدامة لأصحاب هذا القول بما يلي:

أن المستأجر غاصب للمنفعة فيما زاد عن المسافة المعقود عليها والمنافع في الغصب لا تضمن، فلا أجرة على ذلك[3].

مناقشة هذا الدليل:

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن المستأجر إذا تعدى يعد

---

(١) المغني ٦/ ٧٨.

(٢) الإشراف ٢/ ٦٧.

(٣) المغني ٦/ ٧٨.

غاصباً؛ لأن هناك فرقاً بينهما كما تقدم في الأمر الثاني من المسألة السابقة، ولما استدل أصحاب القول الثاني على أن للمؤجر أخذ الأجرة للزيادة.

الوجه الثاني: على تقدير التسليم بأنه يعد غاصبا فقد ناقشه ابن قدامة بعدم التسليم بأن المنافع في الغصب لا تضمن، بل هي مضمونة على الغاصب، فيجب عليه أجرة المثل مدة إقامة المغصوب في يده، سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب[(١)].

مناقشة أصل هذا القول:

ناقشة ابن رشد أصل قول الحنفية هذا بأنه بعيد عن مقتضى الأصول الشرعية حيث قال: «وقال أبو حنفية: لا كراء في المسافة المتعداه..، وأما مذهب أبي حنيفة فبعيد جداً عما تقتضيه الأصول الشرعية»[(٢)].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المستأجر إذا تجاوز المسافة التي عقد عليها لزمه المسمى وأجرة المثل للزيادة؛ لقوة ما استدلوا به، ولأنه مقتضى العدل حيث إن المستأجر قد تعدى في مقدار معين، فيلزمه قيمة ماتعدى فيه وهو أجرة المثل للمسافة التي تجاوزها.

---

(١) المغني ٥/ ٤٣٥، مع ٦/ ٧٨.

(٢) بداية المجتهد ٢/ ٢٣١-٢٣٢.

الأمر الثالث: ضمان المستأجر للعين إذا تجاوز بها المسافة التي عقد عليها فتلفت

وفيه فرعان:

الفرع الأول: ضمان المستأجر للعين إذا تلفت حال التجاوز.

الفرع الثاني: ضمان المستأجر للعين إذا تلفت بعد إعادتها من المكان الذي تجاوز إليه إلى المكان الذي عقد عليه.

الفرع الأول: ضمان المستأجر للعين إذا تلفت حال التجاوز.

إذا تعدى المستأجر فتجاوز المسافة التي عقد عليها فتلفت العين وهو ما زال متجاوزا كأن استأجر سيارة من الرياض إلى الطائف فتجاوز إلى مكة فتلفت وهو في طريقه إلى مكة، أو بعد وصوله إليها، فهل يضمنها، أو لا يضمنها؟

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن العين المستأجرة إذا تلفت حال التعدي ولم يكن صاحبها مع راكبها فإن المستأجر يضمنها بقيمتها.

فقد قال بذلك الحنفية[١]، والمالكية[٢].

والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

وقد نقل الإجماع على ذلك ابن رشد، حيث قال: «ولا خلاف أنها

---

(١) بدائع الصنائع ٤/ ٢١٥.

(٢) التفريع ٢/ ١٨٥، بداية المجتهد ٢/ ٢٣١.

(٣) المهذب ١/ ٤١٥، حلية العلماء ٥/ ٤٤٤، روضة الطالبين ٥/ ٢٦١.

(٤) المغني ٥/ ٧٩، المحرر ١/ ٣٥٨، العدة ص ٢٦٩، المبدع ٥/ ٩٦.

(يعني الدابة المستأجرة) إذا تلفت في المسافة المتعداة أنه ضامن لها»[(١)]

وابن قدامة أيضاً، حيث قال: «..فأما إذا تلفت حال التعدي ولم يكن صاحبها مع راكبها فلا خلاف في ضمانها بكمال القيمة»[(٢)].

الدليل:

استدلوا بما يلي:

أن العين المستأجرة قد تلفت في يد عادية، فوجب ضمانها، كالعين المغصوبة[(٣)].

أما إذا كان صاحب العين مع المستأجر فقد اختلفوا في الضمان ومقداره على ستة أقوال:

القول الأول: أن المستأجر يضمن العين بجميع قيمتها إذا كانت حال التعدي في يد راكبها -أي المستأجر- أو له عليها حمل، ولا يضمنها إذا كان قد سلمها لصاحبها ليمسكها أو يسقيها.

وبهذا قال بعض الحنابلة كالقاضي أبي يعلى، ووافقه موفق الدين ابن قدامة، وشمس الدين بن مفلح[(٤)]، إلا أنهما

---

(١) بداية المجتهد ٢/ ٢٣١.

(٢) المغني ٥/ ٧٩.

(٣) المرجع السابق.

(٤) هو محمّد بن مفلح بن محمّد المقدسيّ، ثم الصالحي، شمس الدين، أبو عبد الله، من أبرز تلامذة شيخ الإسلام ابن تيمية، كان ذا زهد وتعفف وصيانة وورع ودين متين، وكان غاية في نقل مذهب الإمام أحمد حتى قال عنه ابن القيم: ما تحت قبّة الفلك أعلم بمذهب الآمام أحمد من ابن مفلح، له مصنفات منها: الفروع، والنكت على المحرر، والآداب الشرعية، توفي سنة ٧٦٣هـ.
(المقصد الأرشد ٢/ ٥١٧-٥٢٠، الجوهر المنضد ص ١١٢-١١٤).

استثنيا ما إذا تلفت بسبب تعبها من السير فإن المستأجر يضمنها ولو كانت بيد صاحبها[1].

القول الثاني: أن المستأجر يضمن العين بجميع قيمتها إذا تلفت حال التعدي ولو كان صاحبها معها.

وهذا هو المذهب عند الحنابلة[2].

القول الثالث: أن العين إذا تلفت حال التعدي وصاحبها معها فإما أن تتلف في يد صاحبها أو في يد المستأجر، فإن تلفت في يد صاحبها ضمن المستأجر نصف قيمتها، وإن تلفت في يد المستأجر ضمنها بجميع قيمتها.

وهذا وجه عند الحنابلة[3].

القول الرابع: أن المستأجر لا يضمن العين حال التعدي إذا كانت حال التلف في يد صاحبها، ويضمن نصف قيمتها إن تلفت في يده.

وبهذا قال بعض الشافعية[4].

القول الخامس: أن المستأجر لا يضمن العين حال التعدي إن كانت حال التلف في يد صاحبها، وتقسط القيمة على المسافتين فيجب

---

(١) المغني ٦٧/ ٧٩-٨٠، الفروع ٤/ ٤٤٧، المبدع ٥/ ٩٦، الإنصاف ٦/ ٥٤-٥٥.

(٢) المراجع السابقة، والمحرر ١/ ٣٥٨، والعدة ص ٢٦٩.

(٣) الفروع ٤/ ٤٤٧، المبدع ٥/ ٩٦، الإنصاف ٦/ ٤٥-٥٥.

(٤) المهذب ١/ ٤١٥، حلية العلماء ٥/ ٤٤٤-٤٤٥، روضة الطالبين ٥/ ٢٦١.

عليه مقدار الزيادة من قيمة العين إن كانت حال التلف في يد المستأجر، ومثال ذلك أن يستأجر سيارة للسفر عليها مائة كيلومتر فيتجاوز ذلك بمقدار خمسين كيلومتر، فيكون مقدار مسافة التجاوز من مجموع المسافة هو الثلث، فيجب على المستأجر ثلث قيمة العين.

وبهذا قال الحنفية(١)، وبعض الشافعية(٢).

القول السادس: أن المستأجر يضمن العين إذا تلفت حال التعدي سواء أكانت في يده أم في يد صاحبها، ولكن صاحبها بالخيار بين أن يأخذ المسمى مع أجرة المثل للزيادة، وأخذ المسمى وقيمة الدابة في الموضع الذي تعدى فيه.

وهذا هو المشهور من قول المالكية، حيث قال ابن عبد البر: «وهذا هو المشهور من مذهب مالك فيمن اكترى دابة بعينها إلى موضع معلوم فتعد بها إلى أبعد من تلك المسافة أو أشق، وجاوز ما اتفقا عليه أن ربها مخيّر في أن يأخذ من المتعدي المكتري الكراء المسمى وله كراء مثله فيما تعدى فيه ويرجع إليه الدابة بعطبها أو سلامتها، وبين أن يأخذ الكراء إلى الموضع الذي سماه، وبضمّنه الدابة في الموضع الذي تعدى فيه، وسواء سلمت الدابة أو عطبت..»(٣).

---

(١) الفتاوى الهندية ٤/ ٤٩٠، مجمع الضمانات ص ١٢-١٣.

(٢) المهذب ١/ ٤١٥، حلية العلماء ٥/ ٤٤٤-٤٤٥.

(٣) الكافي لابن عبد البر ٢/ ٧٥٠.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على وجوب الضمان على المستأجر حال التعدي إذا كان راكباً على العين، أو عليها حمله بما يلي:

١. أن اليد للراكب وصاحب الحمل، بدليل أنهما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها، أو له حمل عليها، والآخر آخذ بزمامها كانت للراكب وصاحب الحمل[1].

٢. أن المستأجر متعد بالزيادة، وسكوت صاحب العين لايسقط الضمان، كمن جلس إلى جنب إنسان فخرق ثيابه وهو ساكت[2].

٣. أن الضمان منوط بالتعدي، والتعدي هنا قد حصل من المستأجر، وأما سكوت صاحب العين فلا يدل على رضاه، كما لو بيع ملكه وهو ساكت لم يمنعه، فإن ذلك لا يمنعه الطلب به[3].

ثانياً: واستدلوا على عدم وجوب الضمان المستأجرة إذا تلفت العين حال التعدي وهي بيد صاحبها ولم يكن ذلك بسبب الحمل أو

(١) المغني ٦/ ٨٠، كشاف القناع ٤/ ١٨.
(٢) المغني ٦/ ٨٠.
(٣) المبدع ٥/ ٩٦، كشاف القناع ٤/ ١٨.

السير كأن كان بافتراس سبع، أو سقوط في هوة، أو نحو ذلك بما يلي:

أن العين في هذه الحالة لم تتلف في يد عادية، ولا بسبب عدوان فلا ضمان فيها[1].

ثالثاً: واستدل ابن قدامة، وابن مفلح على وجوب الضمان على المستأجر ولو كانت العين بيد صاحبها، إذا كان الهلاك بسبب التعب من الحمل أو السير بما يلي:

أن الضمان على المتعدي، وهو هنا المستأجر، فيلزمه الضمان، كمن ألقى حجرا في سفينة موقرة، فأغرقها، فإنه يضمن قيمتها وما فيها جميعا[2].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالدليل الثاني من أدلة القول الأول وهو أن المستأجر يضمن العين بكامل قيمتها ولو كان صاحبها معها؛ لأنها تلفت بسبب جنايته عليها، وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان، كمن جلس إلى جنب إنسان فخرق ثيابه وهو ساكت فإن الضمان يلزمه[3].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن هذا في حالة ما إذا كان التلف بسبب من قبل

---

(١) المغني ٥/ ٨٠، كشاف القناع ٤/ ١٩.

(٢) المغني ٦/ ٨٠، المبدع ٥/ ٩٦، كشاف القناع ٤/ ١٩.

(٣) أنظر هذا الدليل في العدة ص ٢٦٩.

المستأجر كأن تلفت من التعب إما لطول المسافة، أو لثقل الحمل، أو نحو ذلك، أما إذا لم يكن ذلك بسببه كأن يسلمها المستأجر لصاحبها ليمسكها أو يسقيها فيفترسها سبع أو تسقط في حفرة، أو يجرحها إنسان فتموت فإنه لا علاقة له بهلاكها، فلا يضمن.

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على ضمان المستأجر نصف قيمة العين إذا تلفت حال التعدي وهي في يد صاحبها بما يلي:

أن العين المستأجرة قد اجتمع عليها في هذه الحالة يدان: يد صاحبها، ويد المستأجر فيقابل المستأجر النصف، فيضمنه[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه مناط الضمان هو التعدي وليس كونها في اليد فقط، فيضمنها المستأجر بكامل القيمة إذا كان التلف بسببه وإن كان قد وضعها في يد صاحبها ليمسكها فتلفت، ولا يضمنها إذا كان التاف بغير سببه.

ثانياً: واستدلوا على ضمان المستأجر لكامل قيمة العين إذا تلفت في يده بما استدل به أصحاب القول الأول على وجوب الضمان على المستأجر حال التعدي إذا كان على العين أو عليها حملة.

أدلة القول الرابع:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على أن المستأجر لا يضمن العين إذا تلفت حال

---

(١) المبدع ٥/٩٦.

التعدي إذا كانت حال التلف في يد صاحبها بما يلي:

أن المستأجر قد ضمن العين باليد، فبريء بردها إلى يد صاحبها، كالمغصوب إذا رده الغاصب إلى مالكه[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته من وجهين:

الوجه الأول: أنه قياس للمستأجر إذا تعدى على الغاصب، وهو قياس مع الفارق كما سبق[2].

الوجه الثاني: أنه وإن كانت العين في يد صاحبها إلا أن التلف إذا كان بسبب المستأجر فإنه يضمن؛ لأن الضمان منوط بالتعدي.

ثانياً: واستدلوا على وجوب ضمان المستأجر لنصف قيمة العين إن تلفت في يده بما يلي:

أن العين في هذه الحالة قد تلفت بفعل مضمون وغير مضمون، فلا يلزم المستأجر إلا نصف القيمة، كما لو تلفت بجراحته وجراحة مالكها[3].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة بقوله: «وقولهم تلف بفعل مضمون وغير مضمون أشبه ما لو تلفت بجراحتين يبطل بما إذا قطع السارق ثم قطع آخر يده

---

(١) المهذب ١/ ٤١٥.

(٢) ص ٣٤٦.

(٣) المهذب ١/ ٤١٥.

عدوانا فمات منهما»[١].

أدلة القول الخامس:

أولاً: استدلوا على عدم ضمان المستأجر للعين إذا تلفت حال التعدي إذا كانت حال التلف في يد صاحبها بما استدل به أصحاب القول الرابع وقد سبقت مناقشته.

ثانياً: واستدلوا على تقسيط القيمة على المسافتين فيجب على المستأجر مقدار الزيادة من قيمة العين إذا كانت حال التلف في يد المستأجر بما يلي:

أن العين المستأجرة قد تلفت في هذه الحالة بفعل مأذون وغير مأذون، فيقسم الضمان على قدرهما، فلا يلزم المستأجر إلا مقدار ما تعدى فيه[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن التلف إذا حصل حال التعدي فقد تلف بفعل غير مأذون؛ لأن صاحب العين لم يأذن إلا فيما تم التعاقد عليه، فيلزم المستأجر جميع القيمة إذا تلفت العين في يده، أو في يد صاحبها وكان التلف بسبب تعديه.

دليل القول السادس:

يمكن الاستدلال لهم على ضمان المستأجر بما استدل به أصحاب القول الأول على وجوب الضمان على المستأجر حال التعدي إذا كان

---

(١) المغني ٦/ ٨٠.

(٢) الفتاوى الهندية ٤/ ٤٩٠، مجمع الضمانات ص ١٢-١٣.

راكباً على العين أو عليها حمله.

أما قولهم بتخيير صاحب العين بين أخذ المسمى مع أجرة المثل للزيادة، أخذ المسمى وقيمة الدابة في الموضع الذي تعدى فيه فلم أطلع على دليلٍ لهم عليه.

التَرجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسالة -والله أعلم بالصواب- هو ما ذهب إليه ابن قدامة، وابن مفلح، من أن المستأجر يضمن العين بجميع قيمتها إذا كانت حال التعدي في يده، أو له عليها حمل، ولا يضمنها إن كان قد سلمها لصاحبها ليمسكها أو يسقيها إلا إذا كان التلف بسبب تعبها من السير أو نحو ذلك؛ لما استدل به أصحاب القول الأول، ولأنه موجب لضمان المستأجر إذا تلفت العين في يد صاحبها ولم يكن التلف بسبب تعديه.

الفرع الثاني: ضمان المستأجر للعين إذا تلفت بعد إعادتها من المكان الذي تجاوز إليه إلى المكان الذي عقد عليه

إذا تعدى المستأجر بتجاوز المسافة التي عقد عليها ثم عاد إلى المكان المعقود عليه كأن استأجر سيارة للسفر عليها من الرياض إلى الطائف ثم تجاوز إلى مكة ثم عاد إلى الطائف فتلفت فهل يضمنها، أو لا يضمنها؟

القول الأول: أن المستأجر إذا تعدى بتجاوز المسافة التي عقد عليها ثم أعادها إلى المكان الذي عقد عليه فإنه لا يبرأ من الضمان، فلا يبرأ إلا بتسليمها لصاحبها.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة في قوله الأخير، وأبو يوسف،

ومحمد بن الحسن من أصحابه[١].

وهو الظاهر من قول المالكية حيث أطلقوا وجوب الضمان على المستأجر بتجاوز المسافة المعقود عليها كما تقدم في كلام ابن عبد البر في الفرع السابق.

وبه قال الشافعية[٢]، والحنابلة[٣].

القول الثاني: أن المستأجر إذا تعدى يتجاوز المسافة التي عقد عليها، ثم أعادها إلى المكان الذي عقد عليه فإنه يبرأ من الضمان.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة في قوله الذي رجع عنه، وبه أخذ زفر، وعيسى[٤] بن أبان من أصحابه[٥].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن المستأجر بعدما صار ضامنا بالخلاف لا يبرأ إلا بالرد على المالك أو على من قامت يده مقام يد المالك، ويد المستأجر يد

---

(١) المبسوط ١٥/ ١٧٣، بدائع الصنائع ٤/ ٢١٥، الهداية ٣/ ٢٣٧، فتاوى قاضيخان ٢/ ٣٤٥، مجمع الضمانات ص ١٤.

(٢) حلية العلماء ٥/ ٤٣٥، روضة الطالبين ٥/ ٢٦١، أسنى المطالب ٢/ ٤٣٧.

(٣) المغني ٦/ ٨٠، المبدع ٥/ ٩٦، الإنصاف ٦/ ٥٣.

(٤) هو عيس بن أبان بن صدقة، ويكنى بأبي موسى، من كبار فقهاء الحنفية، تفقه على محمّد بن الحسن، وبرز في مجال القضاء حتى قال فيه هلال بن يحي: ما في الإسلام قاض أفقه منه في وقته، ولي قضاء البصرة، وصنف كتابا في الحج، توفي سنة ٢٢٠هـ.
(الجواهر المضية ٢/ ٦٧٨-٦٨٠)، الفوائد البهية ص ١٥١).

(٥) المبسوط ١٥/ ١٧٣، بدائع الصنائع ٤/ ٢١٥، فتاوى قاضيخان ٢/ ٣٤٥.

نفسه؛ لأنه يمسكها لمنفعة نفسه، كالمستعير، فلا تكون يده قائمة مقام يد المالك، فلا تبرأ عن الضمان وإن عاد إلى المكان؛ لأنه ينتفع بها لنفسه في ذلك المكان[١].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه عيسى بن أبان كما نقل عنه السرخسي بأن يد المستأجر كيد المالك، بدليل أنه يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك، كالمودَع بخلاف المستعير[٢].

الإجابة على هذه المناقشة:

أجاب السرخسي، والكاساني عن هذه المناقشة بأن رجوع المستأجر بالضمان للغرر المتمكن بسبب عقد المعارضة، وذلك لايدل على أن يده ليست بيد نفسه، كالمشتري يرجع بضمان الغرر على البائع إن استحق المبيع، فكذلك المستأجر هنا[٣].

٢. أن يد المستأجر صارت ضامنة بمجاوزة المكان، فلا يزول الضمان إلا بإذن جديد من المؤجر، ولم يوجد[٤].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر، ألا ترى أنها لو هلكت في يده قبل الخلاف لا ضمان عليه، فكانت يده قائمة مقام يد المالك،

---

(١) المبسوط ١٥/ ١٧٣، بدائع الصنائع ٤/ ٢١٥، مجمع الأنهر ٢/ ٣٧٩.
(٢) المبسوط ١٥/ ١٧٣.
(٣) المرجع السابق، وبدائع الصنائع ٤/ ٢١٥.
(٤) المغني ٦/ ٨٠، كشاف القناع ٤/ ١٨.

فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك، فأشبه الوديعة، فلهذا لو هلكت في يده ثم استحقت بعد الهلاك وضمنها المستحق يرجع على المؤجر، كالمودَع سواء، بخلاف المستعير فإنه لا يرجع[1].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه المرغيناني[2] بأن هناك فرقاً بين المودَع والمستأجر هنا، حيث قال: «والفرق أن المودَع مأمور بالحفظ فبقي الأمر بالحفظ، فبقي الأمر بالحفظ بعد العودة إلى الوفاق فحصل الرد إلى يد نائب المالك، وفي الإجارة والعارية يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً، فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود»[3].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المستأجر إذا تعدى بتجاوز المسافة التي عقد عليها ثم عاد إلى المكان الذي عقد عليه فإنه لا يبرأ من الضمان، فلا يبرأ إلا بتسليم العين لصاحبها؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن المستأجر لا يزال يطلق عليه متعديا من حين التجاوز حتى يسلمها لصاحبها.

هذا بالنسبة للبراءة من الضمان وعدمها، وأما بالنسبة لمقدار الضمان

---

(١) المبسوط ١٥/ ١٧٣، بدائع الصنائع ٤/ ٢١٥.

(٢) هو علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، برهان الدين، الحنفي، تفقّه على أبي حفص النسفي وغيره، وفاق شيوخه واقرانه، ونشر المذهب الحنفي، وتفقه عليه الجمّ الغفير، وصنف كتبا منها: الهداية، وكفاية المنتهى، وتوفي سنة ٥٩٣هـ.
(الجواهر المضية ٢/ ٦٢٧-٦٢٩، الفوائد البهية ص ١٤١-١٤٤).

(٣) الهداية ٣/ ٢٣٧.

وما يتعلق به فيجري فيه الخلاف من مقدار الضمان في التلف حال التعدي وقبل الإعادة إلى المكان الذي عقد عليه المستأجر، وقد تقدم في الفرع السابق.

المسألة الثالثة: حمل المستأجر على العين المستأجرة حمولة أثقل مما عقد عليه

وفيها ثلاثة أمور:

الأمر الأول: ملكية المستأجر للحمل على العين حمولة أثقل مما عقد عليه.

الأمر الثاني: ما يلزم المستأجر من الأجرة إذا حمل على العين حمولة أثقل مما عقد عليه.

الأمر الثالث: ضمان المستأجر للعين إذا حمل عليها حمولة اثقل مما عقد عليه فتلفت.

الأمر الأول: ملكية المستأجر للحمل على العين حمولة أثقل مما عقد عليه

إذا استأجر إنسان عيناً كسيارة، أو دابة، أو غير ذلك ليحمل عليها مقداراً معيناً، كان يستأجر سيارة ليحمل عليها عشرين طناً من الأرز من جدة إلى الرياض، فهل لـه أن يتعدى ذلك المقدار فيحمل خمساً وعشرين طناً مثلاً، أو ليس له ذلك؟

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن من استأجر عيناً ليحمل عليها حمولة معينة فإنه يملك حمل ما هو مثل ما عقد عليه، أو دونه، ولا يملك حمل ما هو أثقل منه.

فقد قال بذلك الحنفية[١]، والمالكية[٢].

والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

أولاً: استدلوا على ملكية المستأجر لحمل ما هو مثل ما عقد عليه، أو دونه بما يلي:

أن المؤجر قد رضي بما تم التعاقد عليه من الحمولة، والراضي بأكثر الضررين يكون راضياً بأقلهما، أو بما يماثله دلالة، فيملك ذلك المستأجر[٥].

ثانياً: واستدلوا على عدم ملكية المستأجر لحمل ما هو أثقل مما عقد عليه بما يلي:

أن الأصل أن من استحق منفعة مقدرة بالعقد فاستوفى أكثر منها لم يجز، فيجري ذلك على المستأجر هنا، فلا يملك حمل أثقل مما عقد عليه[٦].

---

(١) تبيين الحقائق ٥/ ١١٦، مجمع الضمانات ص١٢، مجمع الأنهر ٢/ ٣٧٨، اللباب ٢/ ٩١.
(٢) التفريع ٢/ ١٨٥، الكافي لابن عبد البر ٢/ ٧٥١، القواني الفقهية ص ٢٨١.
(٣) الوجيز ١/ ٢٣٧، روضة الطالبين ٥/ ٢٣٣، أسنى المطالب ٢/ ٤٢٧.
(٤) المغني ٦/ ٨١، المبدع ٥/ ٩٥.
(٥) مجمع الضمانات ص ١٢.
(٦) مجمع الأنهر ٢/ ٣٧٨.

الأمر الثاني: ما يلزم المستأجر من الأجرة إذا حمل على العين حمولة أثقل مما عقد عليه

إذا تعدى المستأجر مقتضى العقد فحمل على العين التي استأجرها للحمل حمولة أثقل مما عقد عليه، كأن تعاقد على حمل عشرين طناً، فحمل خمساً وعشرين أو ثلاثين، فهل تلزمه أجرة، أو لا تلزمه؟ وهل يلزمه أجرة المثل للزيادة مع المسمى، أو أجرة المثل للجميع، أو يخير المؤجر في ذلك؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أن المستأجر إذا حمل على العين أثقل مما عقد عليه لزمه المسمى، وأجرة المثل للزيادة.

وبهذا قال المالكية(١)، وهو المشهور من مذهب الشافعية(٢).

وهو المذهب عند الحنابلة(٣).

القول الثاني: أن المستأجر إذا حمل على العين أثقل مما عقد عليه لزمه أجرة المثل للجميع.

وبهذا قال بعض الشافعية(٤)، وبعض الحنابلة(٥).

---

(١) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٥١، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ٤/ ٤٢.

(٢) المهذب ١/ ٤١٠، روضة الطالبين ٥/ ٢٣٣، مغني المحتاج ٢/ ٣٥٣، أسنى المطالب ٢/ ٤٢٧.

(٣) المغني ٦/ ٨١، المذهب الأحمد ص١٠٨، المحرر ١/ ٣٥٨، الفروع ٤/ ٤٤٧، المبدع ٥/ ٩٥، الإنصاف ٦/ ٥٢.

(٤) روضة الطالبين ٥/ ٢٣٣.

(٥) المغني ٦/ ٨١، المبدع ٥/ ٩٥، الإنصاف ٦/ ٥٢-٥٣.

القول الثالث: أن المستأجر إذا حمل على العين أثقل مما عقد عليه فإن المؤجر بالخيار بين أخذ المسمى وأجرة المثل للزيادة، وأخذ أجرة المثل للجميع.

وبهذا قال بعض الشافعية[1].

القول الرابع: أن المستأجر إذا حمل على العين أثقل مما عقد عليه فإنه لا أجرة عليه، وإنما يلزمه الضمان عند التلف كما سيأتي في المسألة الثالثة -إن شاء الله-.

وبهذا قال الحنفية[2].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن المستأجر قد استوفى المعقود عليها المسمى، واستوفى زيادة فلزمه ضمان أجرة مثلها، كما لو اشترى عشرة أقفزة فقبض أحد عشر[3].

٢. أن ما زاد عن الحمولة المتعاقد عليها غير مأذون للمستأجر فيه، فيعد متعديا فيها، فتلزمه أجرتها، كما لو غصبها في الجميع[4].

---

(١) روضة الطالبين ٥/ ٢٣٣.

(٢) بدائع الصنائع ٤/ ٢١٣، الهداية ٣/ ٢٣٦، مجمع الضمانات ص١٦، مجمع الأنهر ٢/ ٣٧٨، الفتاوى الهندية ٤/ ٤٩١.

(٣) المهذب ١/ ٤١٠، الكافي لابن قدامة ٢/ ٣٢٦.

(٤) العدة ص٢٩٦، المبدع ٥/ ٩٥.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن مقتضاه اعتبار المستأجر المتعدي غاصباً، وهو غير مسلّم لما تقدم[1] من بيان الفرق بين المستأجر إذا تعدى في الانتفاع والغاصب.

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن المستأجر بحمله على العين أثقل مما عقد عليه قد عدل عن المعقود عليه إلى غيره، فتلزمه أجرة المثل للجميع، أشبه ما لو فعل بغير إجارة[2].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن الزيادة في الحمولة تعد عدولاً عن المعقود عليه إلى غيره، بل هي زيادة عليه، لأنه قد حمل ما عقد عليه وزاد، فيلزمه المسمى بمقتضى العقد، وأجرة المثل للزيادة؛ لتعديه فيها.

دليل القول الثالث:

الظاهر أن أصحاب هذا القول يستدلون على التخيير بين أخذ المؤجر للمسمى وأجرة المثل للزيادة، وأخذ أجرة المثل للجميع بما استدلوا به على التخير بذلك في مسألة ما يلزم المستأجر إذا زرع ما هو أكثر ضرراً مما استأجر الأرض لزراعته، وقد سبق مع مناقشته.

---

(١) ص ٣٤٧.
(٢) المبدع ٥/ ٩٥.

دليل القول الرابع:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن المستأجر إذا تعدى فحمل على العين حمولة أثقل مما عقد عليه فإنه يعد غاصباً، ولا أجرة على الغاصب[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته من وجهين:

الوجه الأول: عدم التسليم بأن المستأجر إذا تعدى يعد غاصباً، لما سبق[2] من بيان الفرق بين المستأجر إذا تعدى والغاصب.

الوجه الثاني: على تقدير التسليم بأن المستأجر إذا تعدى يعد غاصبا فإن المنافع في الغصب مضمونة، وذلك بأجرة المثل كما تقدم في مناقشة ابن قدامة لدليلهم في مسألة ما يلزم المستأجر من الأجرة إذا تجاوز المسافة التي عقد عليها.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة-والله أعلم بالصواب-هو القول الأول القائل بأن المستأجر إذا حمل على العين أثقل مما عقد عليه لزمه الأجر المسمى في العقد، وأجره المثل للزيادة، لما استدلوا به ولما تقدم في مسألتي التجاوز في زراعة الأرض، وتجاوز المسافة المعقود عليها.

---

(١) بدائع الصنائع ٤/ ٢١٣.

(٢) ص ٣٤٧.

الأمر الثالث: ضمان المستأجر للعين المستأجرة إذا حمل عليها حمولة أثقل مما عقد عليه فتلفت

إذا تعدى المستأجر فحمل على العين حمولة أثقل مما عقد عليه فتلفت، كأن استأجر سيارة لحمل عشرين طناً، فحمل عليها خمسا وعشرين، فانقلبت في أثناء الطريق بسبب زيادة الحمل فهل يضمنها بجميع قيمتها، أو ببعضها، أو بمقدار الزيادة؟ وهل يختلف ذلك بكون صاحبها معها، أو لا يختلف؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ستة أقوال:

القول الأول: أن المستأجر إذا حمل على العين حمولة أثقل مما عقد عليه ضمنها بجميع قيمتها إن كان حمله عليها حال التلف، ولا يضمنها إن كان قد سلمها لصاحبها ليمسكها أو يسقيها.
وبهذا قال بعض الحنابلة كالقاضي أبي يعلى، ووافقه موفق الدين ابن قدامة، وشمس الدين بن مفلح، إلا أنهما استثنيا ما إذا تلفت بسبب تعبها من الحمل فإن المستأجر يضمنها ولو كانت بيد صاحبها.

القول الثاني: أن المستأجر إذا حمل على العين أثقل مما عقد عليه فتلفت ضمنها بجميع قيمتها ولو كان صاحبها معها[1].
وبهذا قال زفر من الحنفية[2]، وبعض الشافعية[3].

---

(١) المغني ٦/ ٧٩-٨٠، الفروع ٤/ ٤٤٧، المبدع ٥/ ٩٦.
(٢) بدائع الصنائع ٤/ ٢١٣.
(٣) روضة الطالبين ٥/ ٢٣٣-٢٣٤.

وهو المذهب عند الحنابلة[١].

القول الثالث: أن المستأجر إذا حمل على العين أثقل مما عقد عليه فتلفت فإنه يضمنها بجميع قيمتها إن لم يكن معها صاحبها، وبنصف قيمتها إن كان صاحبها معها.

وبهذا قال بعض الشافعية[٢]، وبعض الحنابلة[٣].

القول الرابع: أن المستأجر إذا حمل على العين أثقل مما عقد عليه فتلفت فإنه يلزم الأجر المسمى وضمان مقدار ما زاد من الحمولة من قيمتها، كأن يعقد على حمل عشرة أطنان فيحمل خمسة عشر، فإنه يلزمه مع الأجر المسمى ثلث القيمة، هذا إذا كانت تطيق الزيادة، وأما إذا كانت لا تطيقها فإنه يضمنها بجميع قيمتها.

وبهذا قال أكثر الحنفية[٤].

القول الخامس: أن المستأجر إذا حمل على العين أثقل مما عقد عليه فتلفت فإن صاحبها يخير بين أخذ المسمى مع أجرة الزيادة، وأخذ قيمة العين، هذا إن كان مما تتلف بمثله، وأما إن كان مما لا

---

(١) المغني ٦/ ٧٩، ٨١، المحرر ١/ ٣٥٨، الفروع ٤/ ٤٤٧، العدة ص٢٩٦، المبدع ٥/ ٩٦، الإنصاف ٦/ ٥٣-٥٤.

(٢) روضة الطالبين ٥/ ٢٣٣-٢٣٤، مغني المحتاج ٢/ ٣٥٤.

(٣) الفروع ٤/ ٤٤٧، المبدع ٥/ ٩٥-٩٦، الإنصاف ٦/ ٥٣، ٥٥.

(٤) بدائع الصنائع ٤/ ٢١٣، الهداية ٣/ ٢٣٦-٢٣٧، مجمع الأنهر ٢/ ٣٧٨، الفتاوى الهندية ٤/ ٤٩١، اللباب ٢/ ٩٢.

تتلف بمثله فله المسمى مع أجرة الزيادة، ولا خيار له.

وبهذا قال المالكية[١].

القول السادس: أن المستأجر إذا حمل على العين أثقل مما عقد عليه فتلفت فإنه يضمنها بجميع قيمتها إن لم يكن معها صاحبها، ويضمن قسط الزيادة من جملة القيمة إن كان معها صاحبها.

وبهذا قال بعض الشافعية[٢].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما سبق أن استدلوا به في مسألة ضمان المستأجر للعين إذا تلف حال التجاوز بها للمسافة المعقود عليها.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على لزوم المستأجر الضمان بجميع القيمة إن لم يكن صاحب العين معها بما يلي:

١. أن التلف قد حصل بالزيادة، فكانت الزيادة هي علة التلف، فيلزم المستأجر جميع القيمة[٣].

---

(١) القوانين الفقهية ص٢٨١، مواهب الجليل ٥/ ٤٣٨-٤٣٩، الشرح الكبير للدردير ٤/ ٤٢، شرح الخرشي ٧/ ٤١.

(٢) روضة الطالبين ٥/ ٢٣٣-٢٣٤، مغني المحتاج ٢/ ٣٥٤، فتح الوهاب ١/ ٢٥١.

(٣) بدائع الصنائع ٤/ ٢١٣.

٢. أن المستأجر إذا زاد على الحمولة التي عقد عليها ولم يكن صاحب العين معها فإنه يعد غاصباً، فيضمنها بجميع القيمة[1].

ولكن هذا الدليل مردود بما سبق[2] من الفرق بين المستأجر إذا تعدى والغاصب.

ثانياً: واستدلوا على لزوم المستأجر الضمان وإن كان صاحب العين معها بما سبق أن استدل به أصحاب القول الثاني في مسألة ضمان المستأجر للعين إذا تلفت حال التجاوز بها للمسافة المعقود عليها، وقد سبقت مناقشته هناك.

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على لزوم المستأجر الضمان بجميع القيمة إذا لم يكن معها صاحبها بما استدل به أصحاب القول الثاني على ذلك.

ثانياً: واستدلوا على عدم ضمان المستأجر إلا لنصف القيمة إذا كان صاحب العين معها بما يلي:

أن العين المستأجرة قد تلفت بمضمون وغيره، فقسطت القيمة عليهما بالمناصفة، كما لو جرح نفسه جراحات وجرحه غيره جراحة واحدة، أو جرحه شخص جراحات وآخر جراحة واحدة[3].

---

(١) روضة الطالبين ٥/ ٢٣٣، نهاية المحتاج ٥/ ٣١٣، فتح الوهاب ١/ ٢٥١.

(٢) ص٣٤٧.

(٣) مغني المحتاج ٢/ ٣٥٤، نهاية المحتاج ٥/ ٣١٤.

مناقشة هذا الدليل:

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: يمكن مناقشته بما سبق من مناقشة ابن قدامة لدليل من قال بلزوم ضمان المستأجر لنصف قيمة العين إذا تلفت حال التعدي وهي في يده، وذلك في مسألة ضمان المستأجر للعين إذا تلفت حال التجاوز بأن هذا الدليل يبطل بما إذا قطع السارق، ثم قطع آخر يده الأخرى عدواناً، فمات منهما.

الوجه الثاني: ناقشه الشربيني، والرملي[1] بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن التوزيع هنا -أي في التعدي بالحمل على العين المستأجرة أكثر من الحمولة المتعاقد عليها- متيسر، بخلاف الجراحات؛ لأن نكايتها لا تنضبط. ولا معنى لرعاية مجرد العدد[2].

أدلة القول الرابع:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على ضمان المستأجر لمقدار ما زاد عن الحمولة المعقود عليها إذا حمل على العين أثقل مما عقد عليه، وكانت تطيق ذلك بما يلي:

---

(١) هو محمّد بن أحمد بن حمزة الرملي المنوفي، المصري، الأنصاري، من كبار متأخري فقهاء الشافعية، ولد بالقاهرة سنة ٩١٩ هـ وولي إفتاء الشافعية بها، وله مؤلفات منها: نهاية المحتاج، وغاية البيان في الفقه، وشرح العقود في النحو، وتوفي سنة ١٠٠٤هـ.
(خلاصة الأثر ٣/ ٣٤٢-٣٤٨، الأعلام ٦/ ٧)

(٢) مغني المحتاج ٢/ ٣٥٤، نهاية المحتاج ٥/ ٣١٤.

أن العين قد تلفت بما هو مأذون فيه، وهو الحمولة المعقود عليها، وبما هو غير مأذون فيه، وهو الزيادة، والسبب في التلف هو الزيادة فينقسم الضمان عليها، فيضمن المستأجر من القيمة مقدار ما لم يؤذن فيه وهو الزيادة[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه وإن تلفت العين بما هو مأذون فيه وبما هو غير مأذون فيه إلا أن سبب التلف غير المأذون فيه، وهو الزيادة، فيكون قد تسببت في إتلاف الجميع، فيكون الضمان بجميع القيمة.

ثانياً: واستدلوا على ضمان المستأجر للعين بجميع قيمتها إذا حمل عليها أثقل مما عقد عليه وكانت لا تطيقه بما يلي:

أن الزيادة في الحمولة إذا كانت لا تطيعها العين فإنه لم يؤذن فيها أصلا، لخروجها عن العادة، فيضمن المستأجر العين بجميع القيمة[2].

دليل القول الخامس:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

استدلوا على لزوم المستأجر أجرة الزيادة مع المسمى إذا كان الحمل مما لا تتلف العين بمثله بما يلي:

أن الزيادة على الحمل المعقود عليه قد اجتمع فيه إذن وتعد، فإذا

---

(١) بدائع الصنائع ٤/ ٢١٤، الهداية ٣/ ٢٣٦-٢٣٧، مجمع الأنهر ٢/ ٣٧٨، اللباب ٢/ ٩٢.

(٢) الهداية ٣/ ٢٣٧، مجمع الأنهر ٢/ ٣٧٨، اللباب ٢/ ٩٢.

كانت العين لا تتلف بمثله علم أن تلفها فيما أذن فيه، لا بسبب الزيادة، فلا يلزم المستأجر إلا أجرة الزيادة مع المسمى[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن المستأجر إذا زاد على ما عقد عليه فإنه يطلق عليه متعد، وإذا أطلق عليه ذلك دخلت العين في ضمانه، بقطع النظر عن مقدار التعدي هل تتلف به العين، أو لا تتلف؟.

أما قولهم بتخيير صاحب العين بين أخذ أجرة الزيادة مع المسمى، أو قيمة العين إذا لم يكن الحمل مما تتلف بمثله فلم أطلع على دليلٍ لهم عليه.

أدلة القول السادس:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على لزوم ضمان المستأجر للعين بجميع قيمتها إذا لم يكن معها صاحبها بما استدل به أصحاب القول الثاني على ذلك.

ثانياً: واستدلوا على ضمان المستأجر لقسط الزيادة فقط إذا كان صاحب العين معها بما يلي:

أن المستأجر لم يتعد ولم يجن إلا بالزيادة على المعقود، فيؤخذ بقدر جنايته فقط، وذلك بتضمينه مقدار الزيادة من قيمة العين[2].

---

(١) التاج والإكليل ٥/ ٤٣٨.

(٢) مغني المحتاج ٢/ ٣٥٤.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الجناية وإن كانت بالزيادة على المعقود عليه إلا أنها تسببت في إتلاف جميع العين، فيكون الضمان بجميع القيمة.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو ما ذهب إليه ابن قدامة، وابن مفلح، من أن المستأجر يضمن العين بجميع قيمتها إذا حمل عليها أثقل مما عقد عليه إذا كان عليها حمله حال التلف، ولا يضمنها إذا لم يكن عليها حمله إلا إذا تلفت بسبب تعبها من الحمل؛ لما استدلوا به، ولما تقدم في مسألة ضمان المستأجر للعين إذا تلفت حال تجاوز المسافة المعقود عليها.

المطلب السابع: تلف العين المستأجرة تحت يد المستأجر، وضمانه

إذا تلفت العين المستأجرة في يد المستأجر -فهل يضمنها مطلقاً-، أو أنها تعد أمانة، فلا يضمنها إلا بتعدٍ أو تفريطٍ؟.

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن العين المستأجرة تعد أمانة في يد المستأجر، فإن تعدى عليها بتصرف لا يملكه من التصرفات السابقة أو غيرها، أو فرط في حفظها ضمن، وإلا فلا ضمان عليه.

فقد قال بذلك الحنفية[1]، والمالكية[2].

---

(١) الهداية ٣/ ٢٣٦-٢٣٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٧٤.

(٢) بداية المجتهد ٢/ ٢٣١، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٥٧، القوانين الفقهية ص٢٨٣، ٣٤١، الشرح الكبير للدردير ٤/ ٢٤.

والشافعية[١]، والحنابلة[٢].

وقد نقل الاتفاق على ذلك ابن رشد، حيث قال: «الضمان عند الفقهاء على وجهين: بالتعدي، أو لمكان المصلحة وحفظ الأموال، فأما بالتعدي فيجب على المكتري باتفاق»[٣].

وابن قدامة أيضاً، حيث قال: «والعين المستأجرة، أمانة في يد المستأجر إن تلفت بغير تفريط لم يضمنها، ولا نعلم في هذا خلافا»[٤].

الدليل:

استدلوا بما يلي:

أن المستأجر قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها، فكانت أمانة، كما لو قبض العبد الموصى له بخدمته سنة، أو قبض الزوج امرأته الأمة[٥].

---

(١) المهذب ١/ ٤١٥، الوجيز ١/ ٢٣٧، روضة الطالبين ٥/ ٢٢٦، نهاية المحتاج ٥/٣٠٨، أسنى المطالب ٢/ ٤٢٤، ٤٢٧.

(٢) المغني ٦/ ١١٧، المبدع ٥/ ١١٣، الإقناع ٢/ ٣١٦.

(٣) بداية المجتهد ٢/ ٢٣١.

(٤) المغني ٦/ ١١٧.

(٥) المرجع السابق، وكشاف القناع ٤/ ٣٧.

المبحث الثاني
تصرفات الأجير فيما تحت يده

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تصرفات الأجير الخاص فيما تحت يده، وضمانه له عند التلف

المطلب الثاني: تصرفات الأجير المشترك فيما تحت يده، وضمانه به عند التلف.

المطلب الثالث: تصرفات الطبيب، وضمانه عند التلف.

المطلب الرابع: تصرفات الراعي فيما تحت يده من البهائم، وضمانه لها عند التلف.

المطلب الأول: تصرفات الأجير الخاص[1] فيما تحت يده، وضمانه له عند التلف

إذا استأجر إنسانٌ إنساناً لعملٍ معينٍ كبناء حائط، أو عمل في مزرعة، أو نحو ذلك فسيكون تحت يده المواد التي يعمل فيها والآلة التي يعمل فيها .. ونحو ذلك، فيجب عليه أن يتصرف فيها بالعمل الذي استؤجر للقيام به فقط، وأن يحافظ عليها من التلف، ولكن إذا تلفت فهل يُعَدُّ أميناً عليها فلا يضمنها إلا بتعد في التصرف فيها، أو تفريط في حفظها، أو يضمن مطلقاً؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الأجير الخاص يُعَدُّ أميناً، فلا يضمن ما تلف تحت يده، إلا إذا كان بتعدٍّ أو تفريطٍ منه.

وبهذا قال الحنفية[2]، والإمام مالك، وأصحابه[3].

وعليه نص الإمام الشافعي، وهو المذهب عند أصحابه[4].

---

(١) الأجير الخاص هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها ومثال ذلك من استؤجر لعمل بناء، أو خدمة أو رعاية في مدة معينة كيوم أو شهر. وسُمِّيَ أجيراً خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس.
(المغني ٦/ ١٠٥، المبدع ٥/ ١٠٨).

(٢) الكتاب للقدوري ٢/ ٩٥، بدائع الصنائع ٤/ ٢١١، المختار ٢/ ٥٤، مجمع الضمانات ص٢٨، الفتاوى الهندية ٤/ ٥٠٠.

(٣) المدونة ٤/ ٤٤٧، المقدمات الممهدات ٢/ ٢٤٥، الكافي لابن عبد البر ٢/ ٧٥٧، بداية المجتهد ٢/ ٢٣٢.

(٤) مختصر المزني مع الأم ٨/ ٢٢٦-٢٢٧، المهذب ١/ ٤١٥، حلية العلماء ٥/ ٤٤٨، روضة الطالبين ٥/ ٢٢٨، مغني المحتاج ٢/ ٣٥١.

وبه قال الحنابلة[١]، وابن حزم[٢].

القول الثاني: أن الأجير الخاص يضمن ما تلف تحت يده مطلقا. وبهذا قال بعض الشافعية[٣].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ضمان الأجير الخاص مع عدم التعدي بأدلةٍ من الكتاب، والمعقول، وهي كما يلي:

فمن الكتاب:

١. قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ..﴾[٤].

٢. وقال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ..﴾[٥].

٣. وجه الاستدلال بهاتين الآيتين:

أن الله -سبحانه وتعالى- نهى فيهما عن أكل الأموال بالباطل،

---

(١) المغني ٦/ ١٠٨-١٠٩، العدة ص٢٧٠، الفروع ٤/ ٤٤٩، المبدع ٥/ ١٠٨-١٠٩، الإنصاف ٦/ ٧٠-٧١.

(٢) المحلى ٨/ ٢٠١.

(٣) المهذب ١/ ٤١٥، حلية العلماء ٥/ ٤٤٨، مغني المحتاج ٢/ ٣٥١.

(٤) سورة البقرة الآية (١٨٨).

(٥) سورة النساء الآية (٢٩).

فيدخل في ذلك الأجير، فيحرم على غيره ما لم يعتد على غيره، فإن اعتدى بالتعدي أو التفريط اعتدي عليه بمثل ما اعتدى(١).

ومن المعقول:

١. أن منافع الأجير الخاص مملوكة لمستأجره، فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح، ويصير نائبا عنه، فيصير فعله منقولاً إليه، كأنه فعله بنفسه، فلهذا لا يضمن إلا بتعد(٢).

٢. أن عمل الأجير الخاص غير مضمون عليه، فلم يضمن ما تلف به، قياساً على القصاص، وقطع يد السارق(٣).

٣. أن الأجير الخاص نائب عن المالك في صرف منافعه فيما أمر به، فلم يضمن من غير تعد أو تفريط، قياسا على الوكيل، والمضارب(٤).

٤. أن الأجير أمين فلم يضمن من غير تعد أو تفريط، قياساً على المودَع(٥).

ثانياً: واستدلوا على ضمان الأجير الخاص مع التعدي بما يلي:

١. أن الأجير الخاص إذا تعدى على شيء فأتلفه ضمن لتعديه، قياساً على غير الأجير(٦).

---

(١) المحلى ٨/ ٢٠١.

(٢) الهداية ٣/ ٢٤٦، الاختيار ٢/ ٥٥، اللباب ٢/ ٩٥.

(٣) المغني ٦/ ١٠٩، المبدع ٥/ ١٠٨، شرح منتهى الارادات ٢/ ٣٧٦، مطالب أولي النهى ٣/ ٦٧٤.

(٤) المراجع السابقة.

(٥) العدة ص ٢٧٠.

(٦) المغني ٦/ ١٠٩، شرح منتهى الارادات ٢/ ٣٧٧.

٢.أن الأجير الخاص إذا تعدى ضمن لتعديه؛ لأنه حينئذ يكون كالغاصب[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشه بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الأجير قد أُذِنَ له في العمل، فأصل الإذن موجود، بخلاف الغاصب فلم يؤذن له بالكلية.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من الآثار، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من الآثار:

ما رواه خلاس بن عمرو[٢] قال: كان علي بن أبي طالب يضمن الأجير[٣].

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا لأثر بأنه قد جاء فيه أن علياً ﷺ كان يضمِّن الأجير، وهذا مطلق، فيشمل الأجير الخاص والمشترك، وفي حال التعدي وعدمه.

---

(١) المبدع ٥/ ١٠٨-١٠٩، كشاف القناع ٤/ ٣٣، مطالب أولي النهى ٣/ ٦٧٤.

(٢) هو خلاس بن عمرو الهجَري، البصري، روى عن علي، وعائشة، وأبي هريرة، وغيرهم. قال أحمد: روايته عن علي من كتاب، وقال الاجري عن أبي داود: ثقة ثقة، قيل: سمع من علي، قال: لا، وثقه أحمد، وابن معين، والعجلي، وغيرهم، وقال ابن حجر: ثقه وكان يرسل، توفي قبيل المائة. (ميزان الاعتدال ١/ ٦٥٨، تهذيب التهذيب ٣/ ١٧٦-١٧٧، تقريب التهذيب ١/ ٢٣٠).

(٣) رواه البيهقي في كتاب الإجارة - باب ما جاء في تضمين الأجراء ٦/ ١٢٢، وقال: (وأهل العلم بالحديث يضعفون أحاديث خلاس عن علي) وابن حزم في المحلى ٨/ ٢٠٢.

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة بأنه مرسل، والصحيح عن علي ﷺ أنه كان يضمن القصار[(١)]، والصواغ[(٢)]، وقال: «لا يصلح الناس إلا ذلك[(٣)]، وإن روى مطلقا حمل على هذا، فإن المطلق يحمل على المقيد»[(٤)].

كما أن أهل العلم بالحديث يضعفون أحاديث خلاس عن علي كما في تخريجه.

ثانياً: من المعقول:

أن الأجير الخاص منفرد باليد، فيضمن مطلقاً، قياساً على الأجير المشترك[(٥)].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بضمان الأجير المشترك مطلقاً، بل الراجح أنه لا يضمن إلا بتعد أو تفريط كما سيأتي -إن شاء الله-.

---

(١) القَصار والمقّصر هو المحور للثياب؛ لأنه يدقها بالمقصرة التي هي القطعة من الخشب. (اللسان، مادة «قصر» ٥/ ١٠٤).

(٢) الصواّغ هو صائغ الحلي، يقال: صاغ يصوُغ، فهو صائغ وصواّغ.(النهاية، صوغ(٣/ ٦١).

(٣) رواه ابن أبي شيبة في كتاب البيوع والأقضية -باب في شهادة الصبيان ٦/ ٢٨٥-٢٨٦، الأثر رقم ١٤٩٤٨ بلفظ: (كان علي يضمن الخياط والصباغ..) الأثر. والبيهقي في كتاب الإجارة- باب ما جاء في تضمين الأجراء ٦/ ١٢٢.وابن أبي شيبة..فذكره.

وقال ابن حجر: (حديث عمر وعلي في تضمين الأجير: ..وأما علي فروى البيهقي من طريق الشافعي عن علي بسند ضعيف، وقال الشافعي: هذا لا يثبت أهل الحديث مثله. (تلخيص الحبير ٣/ ٦١).

(٤) المغني ٦/ ١٠٩.

(٥) المهذب ١/ ٤١٥.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن الأجير الخاص لا يضمن ما تلف تحت يده إلا إذا كان بتعدٍ أو تفريط منه؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن في التضمين المطلق -كما يقول أصحاب القول الثاني- سببا لانصراف الناس وامتناعهم عن قبول العمل، وفي هذا حرج وتضييق على الناس، وهو خلاف ما تهدف إليه الشريعة الإسلامية من التيسير والتوسعة على الناس، وخلاف ما شرعت الإجارة من أجله من التوسعة على الناس في أعمالهم؛ لأن من الناس من لا يمكنه القيام بالعمل بنفسه، فيحتاج إلى من يقوم به له، ولا يجد متبرع، فلا مناص له من الاستئجار عليه.

المطلب الثاني: تصرفات الأجير المشترك[1] فيما تحت يده، وضمان له عند التلف

إذا دفع إنسانٌ عيناً إلى أجير يتقبل أعمالاً من عدد من الناس في وقت واحد ليعمل فيها عملا، كأن يدفع القماش للخياط لخياطته، أو الثوب للغسال لغسله...أو نحو ذلك، فإنه يجب على الأجير أن يتصرف فيها حسب العمل الذي طلب منه القيام به، فلا يتجاوزه، وأن يحافظ

---

(١) الأجير المشترك هو الذي يقع العقد معه على عمل معين، أو عمل مدة معينة لا يستحق جميع نفعه فيها.ومثال ذلك: الخياط، والغسال، والحدّاد.وسمي مشتركا لأنه يتقبل أعمالا لاثنين وثلاثة وأكثر في وقت واحد، ويعمل لهم، فيشتركون في منفعته واستحقاقها.
(المغني ٦/ ١٠٥-١٠٦، العدة ص٢٧٠).

عليها من التلف، ولكن إذا تلفت فهل تعد أمانة في يده؟ فلا يضمنها إلا بتعدٍ أو تفريطٍ، أو يضمنها مطلقاً، أو أن ذلك يختلف باختلاف العين، واختلاف المكان؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أن الأجير المشترك يعد أميناً فلا يضمن ما تلف تحت يده إلا بتعدٍ أو تفريطٍ.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة، وزفر، والحسن[1] بن زياد من أصحابه[2].

وبه قال الإمام الشافعي[3]، وهو القول الأظهر عند أصحابه[4].

وبه قال بعض الحنابلة[5]، قال المرداوي: «قلتُ: والنفس تميل إليه»[6].

وبه قال ابن حزم[7].

---

(١) هو الحسن بن زياد اللؤلؤي، الكوفي، صاحب أبي حنيفة وتلميذه، تفقّه عليه وعلى أبي يوسف وزفر، ولي قضاء الكوفة ثم طلب الإعفاء منه، كان محبا للسنة واتباعها، قال فيه يحيى بن آدم: ما رأيت أفقه من الحسن بن زياد، وكان عالما بروايات أبي حنيفة، وتوفي سنة ٢٠٤هـ. (الجواهر المضية ٢/ ٥٦-٥٧، الفوائد البهية ص٦٠-٦١).

(٢) مختصر الطحاوي ص١٢٩، المبسوط ١٥/ ١٠٣، الكتاب للقدوري ٢/ ٩٣، بدائع الصنائع ٤/ ٢١٠، الهداية ٣/ ٢٤٤، تبيين الحقائق ٥/ ١١٠، ١٣٤.

(٣) لكنه قال: لا يفتي به؛ لفساد الناس.

(٤) مختصر المزني مع الأم ٨/ ٢٢٦-٢٢٧، المهذب ١/ ٤١٥، حلية العلماء ٥/ ٤٤٦، روضة الطالبين ٥/ ٢٢٨، مغني المحتاج ٢/ ٣٥١، .

(٥) المبدع ٥/ ١٠٩، الإنصاف ٦/ ٧٢.

(٦) الإنصاف ٦/ ٧٢.

(٧) المحلى ٨/ ٢٠١.

القول الثاني: أن الأجير المشترك يضمن ما تلف تحت يده مطلقاً.

وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة[١]، وبعض المالكية[٢]، وبعض الشافعية[٣]، وهو ما نص عليه الإمام أحمد، وهو المذهب عند أصحابه[٤].

القول الثالث: أن الأجير المشترك يضمن ما تلف تحت يده إذا كان مما يغاب عليه ولم يعلم سبب تلفه إلا بقوله، ولا يضمنه إذا كان مما ثبت تلفه بالبينة من غير تضييع.

وبهذا قال الإمام مالك، وأكثر أصحابه[٥].

القول الرابع: أن الأجير المشترك لا يضمن لا يضمن ما تلف تحت يده إذا كان عمله في بيت المستأجر، أو يده عليه إلا بتعد، ويضمن ما لم يكن كذلك مطلقا.

وبهذا قال بعض الحنابلة[٦].

---

(١) المبسوط ١٥/ ١٠٣، الكتاب للقدوري ٢/ ٩٣، بدائع الصنائع ٤/ ٢١٠، الهداية ٣/ ٢٤٤، مجمع الضمانات ص٢٧، ولكنهما استثنيا الشيء الغالب كالحريق، والغرق، والعدو المكابر، ونحو ذلك، فلا يضمن الأجير ما تلف بذلك.

(٢) المقدمات الممهدات ٢/ ٢٤٣-٢٤٤، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٥٨.

(٣) المهذب ١/ ٤١٥، حلية العلماء ٥/ ٤٤٦، روضة الطالبين ٥/ ٢٢٨،مغني المحتاج ٢/ ٣٥١-٣٥٢.

(٤) المغني ٦/ ١٠٧، الفروع ٤/ ٤٥٠، العدة ص٢٧٠، المبدع ٥/ ١٠٩، الإنصاف ٦/ ٧٢.

(٥) الإشراف ٢/ ٧٥، المقدمات الممهدات ٢/ ٢٤٣-٢٤٤، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٥٨، بداية المجتهد ٢/ ٢٣٢، القوانين الفقهية ص٣٤١.

(٦) المغني ٦/ ١٠٧، الفروع ٤/ ٤٥٠، المبدع ٥/ ١٠٩، الإنصاف ٦/ ٧٢.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍمن الكتاب، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من الكتاب:

١. قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿..فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ﴾(١).

وجه الاستدلال:

أن هذه الآية الكريمة دلت على أن الأصل أن الضمان لا يجب إلا على المتعدي، فيشمل ذلك الأجير المشترك، فلا يضمن إلا بالتعدي؛ لأنه مأذون له في القبض، والهلاك-إذا لم يكن بتعد-ليس من صنعه، فلا يجب الضمان عليه(٢).

٢. وقال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ..﴾(٣).

٣. وقال سبحانه-: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ..﴾(٤).

---

(١) سورة البقرة الآية (١٩٣).

(٢) بدائع الصنائع ٤/ ٢١١.

(٣) سورة البقرة الآية (١٨٨).

(٤) سورة النساء الآية (٢٩).

وجه الاستدلال بهاتين الآيتين الكريمتين:

أن الله -سبحانه وتعالى- نهى عن أكل الأموال بالباطل، فيدخل في عموم ذلك مال الأجير المشترك، فيحرم على غيره إذا لم يعتد، فإن اعتدى لزمه حينئذٍ أن يعتدى عليه بمثل ما اعتدى، وذلك بتضمينه[1].

ثانياً: من المعقول:

١. أن الأجير المشترك قد قبض العين بإذن المالك لمنفعته، وهي إقامة العمل له فيها، فلا تكون مضمونة عليه، قياساً على المودَع، والأجير الخاص[2].

٢. أن الضمان إما أن يكون ضمان عقد أو ضمان جبران، والعقد وارد على العمل لا على العين، فلا تصير العين به مضمونة، والجبران للفوات، والأجير لم يفوت على المالك شيئاً حين قبض العين بإذنه، وبهذا لا يضمن الأجير الخاص، فكذلك الأجير المشترك[3].

٣. أن العين أمانة في يد الأجير المشترك؛لأن القبض حصل بإذنه، ولهذا لو هلكت بسبب لا يمكن الاحتراز عنه فإنه لا يضمنها، ولو كانت مضمونة لضمنها كما في المغصوب[4].

---

(١) المحلى ٨/ ٢٠١.

(٢) المبسوط ١٥/ ١٠٣.

(٣) المرجع السابق.

(٤) الهداية ٣/ ٢٤٤.

٤. أن العين في يد الأجير المشترك عين مقبوضة بعقد الإجارة، فلم تعد مضمونة لصاحبها كالعين المستأجرة[١].

٥. أن الأجير المشترك لا يضمن ما تلف تحت يده من غير تعد، قياساً على عامل المضاربة[٢].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من السنة، والآثار، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

ما رواه الحسن[٣] عن سمرة[٤] بن جندب ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[٥].

---

(١) المغني ٦/ ١٠٦.

(٢) روضة الطالبين ٥/ ٢٢٨.

(٣) هو الحسن بن أبي الحسن يسار البصري، يكنى بأبي سعيد، ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر، ورأى جماعة من الصحابة، قال فيه التيمي: شيخ أهل البصرة، اختلف في سماعه من سمرة ففي صحيح البخاري سماع منه لحديث العقيقة، وقد روى عنه نسخة غالبها في السنن، وعند المديني أن كلها سماع، وهكذا حكى الترمذي عن البخاري، وقال ابن قطان وغيره: هو كتاب، وذلك لا يقتضي الانقطاع. (الطبقات الكبرى لابن سعد ٧/ ١٥٦، ميزان الاعتدال ١/ ٥٢٧، تهذيب التهذيب ٢/ ٢٦٣-٢٧٠).

(٤) هو سمرة بن جندب بن هلال الفزاري، قدمت به أمه المدينة بعد موت أبيه، فتزوجها رجل من الأنصار، فكان في حجره، غزا مع النبي ﷺ أكثر من غزوة، وسكن البصرة، وتوفي سنة ٥٨ هـ وقيل ٥٩ هـ. (الطبقات الكبرى لابن سعد ٦/ ٣٤، أسد الغابة ٢/ ٣٥٤-٣٥٥، الإصابة ٣/ ١٣٠-١٣١).

(٥) رواه أبو داود في كتاب البيوع- باب في تضمين العارية ٣/ ٢٩٦، الحديث رقم ٣٥٦١، وسكت عنه، واللفظ له. والترمذي في كتاب البيوع -باب ما جاء في أن العارية مؤداة =

وجه الاستدلال:

أن الرسول ﷺ أخبر بأنه يجب على الإنسان رد ما أخذه، والأجير المشترك في حال هلاك العين عاجز عن ردها بعينها، فيجب عليه رد قيمتها قائمة مقامها[(١)].

مناقشة هذا الدليل:

نوقش من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: ناقشه ابن التركماني[(٢)] بأنه منقطع؛ لأن الحسن لم يسمعه من سمرة[(٣)].

٢/ ٣٦٨-٣٦٩، الحديث رقم ١٢٨٤، وقال: «هذا حديث حسن صحيح». وابن ماجة في كتاب الصدقات -باب العارية ٢/ ٨٠٢، حديث رقم ٢٤٠٠. وأحمد ٥/ ٨، ١٢، ١٣. والبيهقي في كتاب العارية- باب العارية مضمونة ٦/ ٩٠. والحاكم في كتاب البيوع ٢/ ٤٧، وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجاه» ووافقه الذهبي في تلخيصه. وابن أبي شيبة في كتاب البيوع والأقضية -باب في العارية من كان لا يضمنها ومن كان يفعل ٦/ ١٤٦، حديث رقم ٦٠٤. وزادوا إلا ابن ماجه وابن أبي شيبة: «ثم إن الحسن نسي فقال: هو أمينك، لا ضمان عليه». وقال الألباني: «ضعيف». (إرواء الغليل ٥/ ٣٤٨).

(١) بدائع الصنائع ٤/ ٢١٠.

(٢) هو علي بن عثمان بن إبراهيم المارديني، يكنى بأبي الحسن، المعروف بابن التركماني، ولد سنة ٦٨٣ هـ يعد من كبار قضاة الحنفية ومن علماء الحديث واللغة من أهل مصر، أفتى، ودرس، وولي القضاء، وصنف مصنفات منها: المنتخب في علوم الحديث، والجوهر النقي، وشرح الهداية، توفي سنة ٧٥٠ هـ. (الجواهر المضية ٢/ ٥٨١-٥٨٣، الفوائد البهية ص١٢٣).

(٣) الجوهر النقي ٦/ ٩٠.

وقال ابن حجر[١]: «والحسن مختلف في سماعه من سمرة»[٢].

وقد تبين في ترجمته الخلاف في سماعه.

الوجه الثاني: ناقشه ابن التركماني -أيضاً- بأن الأداء فرض، ولا يلزم منه الضمان من هذا اللفظ، لأنه قيل بذلك للزم أن تضمن الرهون، والودائع؛ لأنها مما قبضت اليد[٣].

الوجه الثالث: ناقشه الكاساني بأنه لا يتناول الإجارة؛ لأن الرد في باب الإجارة لا يجب على المستأجر، فكان المراد منه الإعارة والغصب[٤].

ثانياً: من الآثار:

١- ما روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه ضمن الصناع الذين انتصبوا للناس في أعمالهم ما أهلكوا في أيديهم[٥].

---

(١) هو أحمد بن علي بن محمد، أبو الفضل، المصري، الشافعي، المشهور بابن حجر العسقلاني، إمام، حافظ، عالم بالرجال، ولد سنة ٧٧٣ هـ، وصنف المصنفات الكثيرة، منها: فتح الباري، وتهذيب التهذيب، والدرر الكامنة، وتوفي سنة ٨٥٢ هـ.
(الضوء اللامع ٢/ ٣٦-٤٠، البدر الطالع ١/ ٨٧-٩٢).

(٢) تلخيص الحبير ٣/ ٥٣.

(٣) الجوهر النقي ٦/ ٩٠.

(٤) بدائع الصنائع ٤/ ٢١١.

(٥) رواه ابن أبي شيبة في كتاب البيوع والأقضية -باب في القصّار والصبّاغ وغيره ٦/ ٢٨٥، واللفظ له. ورواه عبدالرزاق في كتاب البيوع -باب ضمان الأجير الذي يعمل بيده ٨/ ٢١٧، أثر رقم ١٤٩٤٩، بلفظ: «أن عمر بن الخطاب ضمّن الصباغ الذي يعمل بيده». وقال ابن حجر: «حديث عمر وعلي في تضمين الأجير: أما عمر فأخرجه عبدالرزاق بسند منقطع..». (تلخيص الحبير ٣/ ٦١). ورواه ابن حزم في المحلى ٨/ ٢٠٢، بلفظ عبدالرزاق.

وهذا الأثر واضح الدلالة.

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه الكاساني بأن فعل عمر ﷺ هذا يحتمل أنه كان في بعض الأجراء، وهو المتهم بالخيانة، وبه نقول[(١)].

١. ما روي عن علي بن أبي طالب ﷺ أنه كان يضمّن القصّار، والصواغ، وقال: «لا يصلح الناس إلا ذلك»[(٢)].

وهذا الأثر واضح الدلالة.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشة بأنه قد روي عن علي خلاف ذلك، فقد روي عنه أنه كان لا يضمن الأجير المشترك[(٣)].

مناقشة عامة لهذين الأثرين:

نوقشا من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: ناقشهما الإمام الشافعي بأنهما ضعيفان، حيث قال في معرض كلامه عن تضمين الأجير المشترك: «وقد روي فيه شيء عن عمر وعلي ليس يثبت عند أهل الحديث عنهما»[(٤)].

---

(١) بدائع الصنائع ٤/ ٢١٠.
(٢) سبق تخريجه ص٣٨٨.
(٣) رواه ابن أبي شيبة في كتاب البيوع والأقضية -باب في الأجير يضمن ٦/ ٥٣.
(٤) الأم ٤/ ٣٨-٣٩.

كما ضعّفهما ابن حجر كما في تخريجهما.

الوجه الثاني: ناقشهما الإمام الشافعي -أيضا- بقوله: "ولو ثبت عنهما لزم من يثبته أن يضمن الأجراء من كانوا، فيضمن أجير الرجل وحده، والأجير المشترك، والأجير على الحفظ والرعي وحمل المتاع، والأجير على الشيء يصنعه، لأن عمر إن كان ضمن الصناع فليس في تضمينه لهم معنى إلا أن يكون ضمنهم بأنهم أخذوا أجرا على ما ضمنوا، فكل من أخذ أجرا فهو في معناهم، وإن كان علي ﷺ ضمن القصار والصائغ فكذلك كل صانع، وكل من أخذ أجرة»[1].

الوجه الثالث: ناقشهما التهانوي[2] بأن هذا التضمين كان سياسة منهما ﷺ حفظ الأموال الناس[3].

ثالثاً: من المعقول:

أن عمل الأجير المشترك مضمون عليه، بدليل أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل، وأن الثوب لو تلف في حرزه بعد العمل لم يكن له أجر

---

(١) الأم ٤/ ٣٩.

(٢) هو ظفر أحمد بن لطيف العثماني، التهانوي، ولد في «ديوبند» سنة ١٣١٠ هـ ودرس على السهارنفوري، ومحمد يسين، وغيرهما في مدرسة «مظاهر العلوم»، ثم درّس فيها سبع سنوات، ثم درس في «إمداد العلوم»، له مؤلفات منها: إعلاء السنن، ودلائل القرآن، وله باللغة الأردية: القول المتين في الإخفاء بآمين، وفاتحة الكلام في القراءة خلف الإمام، وتوفي سنة ١٣٩٤هـ. (مقدمة إعلاء السنن ١/ ١٩-٢٢).

(٣) إعلاء السنن ١٦/ ١٨٩.

فيما عمل فيه، وكان ذهاب عمله من ضمانه، بخلاف الخاص، فما تولد منه يجب أن يكون مضموناً، كالعدوان بقطع عضو[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشه بعدم التسليم بأن الأجير المشترك ضامن لعمله بحيث إذا تلفت العين بعد العمل لم يثبت له أجر مطلقاً، بل إذا تلف بغير تعد ولا تفريط وأقام بينة على أنه قد عمل العمل فإنه يستحق الأجر؛ لأنه قال بتنفيذ ما يقتضيه العقد فاستحق الأجر، وأما ما ذكروه من القياس على العدوان بقطع العضو فإنه حجة عليهم؛ لأنه لا خلاف في الضمان إذا كان التلف بعدوان، إنما الخلاف فيما إذا كان بغير عدوان، فيقال لهم: فكذلك ضمان الأجير يقيد بالعدوان.

٢. أن الأجير المشترك قبض العين لمنفعته من غير استحقاق، فكان ضامناً لها، قياسا على المستعير[2].

مناقشة هذا الدليل:

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: يمكن مناقشته بعدم التسليم بضمان المستعير مطلقاً، بل الراجح أنه لا يضمن إلا بتعد أو تفريط كما سيأتي[3] -إن شاء الله-.

---

(١) المغني ٦/ ١٠٦-١٠٧، المبدع ٥/ ١٠٩، كشاف القناع ٤/ ٣٣.

(٢) المقدمات المهدات ٢/ ٢٤٤، العدة ص٢٧٠.

(٣) ص٥٦٦-٥٦٧.

الوجه الثاني: على تقدير التسليم بضمان المستعير مطلقا فقد ناقشه ابن رشد[١] بقوله: «وأما الصناع فلا يصح له قياسهم على العارية؛ لأنهم قبضوا السلع لمنفعتهم ومنفعة أرباب السلع»[٢].

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على تضمين المستأجر لما تلف تحت يده إذا كان مما يغاب عليه ولم يعلم سبب تلفه إلا بقوله بأدلةٍ من الآثار، والمعقول، وهي كما يلي:

فمن الآثار:

ما استدل به أصحاب القول الثاني مما روي عن عمر وعلي -رضي الله عنهما- من التضمين، وقد سبق بيانها، ومناقشتها.

ومن المعقول:

أن التضمين يتعلق به مصلحة الصناع وأرباب السلع، وفي تركه ذريعة إلى إتلاف أموال الناس، فلا بد منه بالنسبة للأجير المشترك[٣].

(١) هو محمّد بن أحمد بن رشد المالكي، يكني بأبي الوليد، أبرز فقهاء وقته بأقطار الأندلس والمغرب، تفقّه على جعفر بن رزق، وأبي عبدالله ابن فرج، وغيرهما، وأخذ عنه القاضي عياض، وتولى قضاء قرطبة له مصنفات منها: البيان والتحصيل، والمقدمات الممهدات، وتوفي سنة ٥٢٠ هـ. (الديباج المذهب ص٢٧٨-٢٧٩، شذرات الذهب ٤/ ٦٢).

(٢) المقدمات الممهدات ٢/ ٢٤٤.

(٣) الإشراف ٢/ ٧٥، بداية المجتهد ٢/ ٢٣٢.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن المصلحة في تضمين الأجير المشترك مطلقاً، بل المصلحة والعدالة تتحققان في عدم التضمين إلا عند التعدي والتفريط، كما أنه ليس في تركه ذريعة إلى إتلاف أموال الناس؛ لأنه إذا تحقق إتلاف الأجير للمال بتعدٍ وجب عليه الضمان، وهذا كاف في حفظ أموال الناس.

ثانياً: واستدلوا على عدم التضمين إذا كان المال مما ثبت تلفه بالبينة من غير تضييع بما يلي:

أن الصانع ونحوه أجير، فإذا ثبت هلاك ما دفع إليه بغير تعدٍ أو تفريطٍ لم يضمن، أشبه الصانع الخاص، والراعي[1].

أدلة القول الرابع:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم التضمين إلا بتعدٍ إذا كان العمل في بيت المستأجر أو يده عليه.

أن الأجير قد سلم نفسه إلى المستأجر، فيكون كالأجير الخاص، فلا يضمن إلا بتعد[2].

ثانياً: أما قولهم بتضمين الأجير مطلقا إذا لم يكن العمل في بيت المستأجر أو تحت يده فلعلهم يستدلون عليه بما استدلَّ به

(١) المقدمات الممهدات ٢/ ٢٤٤.

(٢) المغني ٦/ ١٠٧.

أصحاب القول الثاني، وقد سبق بيانه، ومناقشته.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ضمان الأجير المشترك ما تلف تحت يده إلا إذا تعدى أو فرط؛ لقوة ما استدلوا به، ولأنه أمين على ما في يده، فلا يضمن إلا بتعدٍ أو تفريطٍ، كسائر الأمناء، ولأن في التضمين مع عدم التعدي سببا لامتناع الناس عن قبول الإجارة، مما يؤدي إلى التضييق على الناس، وهذا خلاف ما تهدف إليه الشريعة الإسلامية عموماً، ومشروعية الإجارة خصوصاً من التوسعة على الناس ورفع الحرج عنهم.

المطلب الثالث: تصرفات الطبيب، وضمانه عند التلف

اتفق الفقهاء على جواز الاستئجار للعلاج والمداواة كما نقل ابن قدامة، حيث قال: «ويجوز الاستئجار على الختان، والمداواة، وقطع السلع[1] لا نعلم فيه خلافاً، ولأنه فعل يحتاج إليه مأذون فيه شرعاً فجاز الاستئجار عليه كسائر الأفعال المباحة»[2].

ولكن إذا استأجر إنسان طبيباً لعلاجه من مرض من الأمراض إما بإجراء عملية جراحية أو بدونها، أو للختان، فإنه يجب عله التصرف بقدر ما طلب

---

(١) قال البعلي: السِّلعة، بكسر السين غدّة تظهر بين الجلد واللحم، وإذا غَمِزَت باليد تحركت. (المطلع ص٢٥٦).

(٢) المغني ٦/ ١٢١.

منه حسب المرض الذي استؤجر لعلاجه فقط، ولكن إذا تعدى في ذلك فسرت جنايته إلى عضو آخر أو إلى النفس فأتلفها، أو قطع عضواً صحيحاً، أو عالج غير المستأجر لعلاجه، أو وصف للمريض دواء خطأ...أو نحو ذلك، فهل يضمن بالدية أو لا يضمن؟.

للطبيب في ذلك خمس حالات:

الحالة الأولى: أن يكون الطبيب حاذقاً[1] قد أعطى الصنعة حقها، وألا تجني يده، فيتجاوز ما أذن له فيه.

---

(١) الحذق والحذاقة: المهارة في كل عمل، قال الأزهري: تقول: حذَق وحذِق في عمله يحذق ويحذق فهو حاذق ماهر. (تهذيب اللغة، مادة «حذق» ٤/ ٣٥، لسان العرب، مادة «حذق» ١٠/ ٤٠). وقد ذكر ابن القيم أن الطبيب الحاذق هو الذي يراعي في علاجه عشرين أمراً، وهي باختصار كما يلي: ١- النظر في نوع المرض، من أي الأمراض هو؟ ٢- النظر في سببه من أي شيء حدث؟ ٣- قوة المريض، وهل هي مقاومة للمرض، أو أضعف منه؟ ٤- مزاج البدن الطبيعي ما هو؟ ٥- المزاج الحادث على غير المجرى الطبيعي؟ ٦- سن المريض. ٧- عادته. ٨- الوقت الحاضر من فصول السنة وما يليق به. ٩- بلد المريض وتربته. ١٠-حال الهواء في وقت المرض. ١١- النظر في الدواء المضاد لتلك العلة. ١٢- النظر في قوة الدواء ودرجته، والموازنة بينها وبين قوة المريض. ١٣- ألا يكن قصده إزالة تلك العلة فقط، بل إزالتها على وجه يأمن معه حدوث أصعب منها. ١٤-أن يعالج بالأسهل فالأسهل. ١٥- أن ينظر في العلة، هل هي مما يمكن علاجها أو لا؟ فإن لم يكن حفظ صناعته وحرمته، وإن أمكن نظر هل يمكن زوالها أولاً؟ فإن علم أنه لا يمكن نظر هل يمكن تخفيفها وتقليلها أولاً؟ فإن لم يمكن ورأى أن غاية الإمكان إيقافها وقطع زيادتها قصد بالعلاج ذلك. ١٦- ألا يتعرض للخلط قبل نضجه باستفراغ، بل يقصد انضاجه، فإذا تم نضجه بادر إلى استفراغه. ١٧-أن يكون له خبرة باعتلال القلوب والأرواح وأدويتها. ١٨-التطلف بالمريض، والرفق به. ١٩-أن يستعمل أنواع العلاجات الطبيعية والإلهية، والعلاج بالتخييل. ٢٠- أن يجعل علاجه وتدبيره دائر على ستة أركان: حفظ الصحة الموجودة، ورد الصحة المفقودة بحسب الإمكان، وإزالة العلة أو تقليلها بحسب الإمكان، واحتمال أدنى المفسدتين لإزالة أعظمهما، وتفويت أدنى المصلحة لتحصيل أعظمهما. (زاد المعاد ٤/ ١٤٢-١٤٥).

وفي هذه الحالة اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أنه لا يضمن ما ترتب عليه من تلف العضو، أو النفس، أو ذهاب صفة.

فقد قال بذلك الحنفية(١)، والمالكية(٢).

والشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

وقد نقل الاتفاق على ذلك ابن القيم(٥)، حيث قال: «الأقسام خمسة:

أحدها: طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها ولم تجن يده، فتولد من فعله المأذون فيه من جهة الشرع ومن يطبه تلف العضو أو النفس أو ذهاب صفة، فهذا لا ضمان عليه اتفاقاً»(٦).

الدليل:

أن الطبيب في هذه الحالة قد فعل فعلاً مأذوناً له فيه، فلم يضمن سرايته، قياساً على الحد(٧).

---

(١) تبيين الحقائق ٥/ ١٢٧، مجمع الضمانات ص٤٧، فتاوى قاضيخان ٢/ ٣٣٧، الفتاوى الهندية ٤/ ٤٤٩، حاشية رد المحتار ٦/ ٦٨-٦٩.

(٢) بداية المجتهد ٢/ ٢٣٣، القوانين الفقهية ص٣٤١، حاشية الدسوقي ٤/ ٢٨.

(٣) الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٢/ ٤١٨-٤٢٠.

(٤) المغني ٦/ ١٢٠، المذهب الأحمد ص١٠٨، المحرر ١/ ٣٥٨، العدة ص٢٧٠، الفروع ٤/ ٤٥١، المبدع ٥/ ١١٠، الإقناع ٢/ ٣١٤.

(٥) هو محمّد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي، الدمشقي، يكنى بأبي عبدالله، المعروف بابن قيم الجوزية، ولد سنة ٦٩١ هـ، وتفقه على شيخ الإسلام ابن تيمية حتى صار من أبرز تلاميذه، وامتحن وأوذي مرات، وحبس مع شيخه في القلعة منفرداً عنه، وصنف مصنفات كثيرة في مختلف العلوم منها: زاد المعاد، وإعلام الموقعين، والطرق الحكمية، وتوفي سنة ٧٥١ هـ. (الذيل على طبقات الحنابلة ٢/ ٤٤٧-٤٥٢، المقصد الأرشد ٢/ ٣٨٤-٣٨٥، مختصر طبقات الحنابلة ص٦٨-٧٠).

(٦) زاد المعاد ٤/ ١٣٩.

(٧) المغني ٦/ ١٢٠، زاد المعاد ٤/ ١٣٩، المبدع ٥/ ١١٠، العدة ص٢٧٠، كشاف القناع ٤/ ٣٥.

الحالة الثانية: ألا يكون الطبيب حاذقاً، بل يكون متطبباً جاهلاً، وفي هذه الحالة اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أنه إن جنت يده، وكذلك إن وصف له دواء يستعمله والمريض يظن أنه وصفه لمعرفته وحذقه فتلف به ضمنه، وذلك بالدية.

فقد قال بذلك الحنفية[1]، والمالكية[2].

والشافعية[3]، والحنابلة[4].

وقد نقل الخطابي[5] الإجماع على ذلك، حيث قال: «لا أعلم خلافاً في المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً، والمتعاطي علماً أو عملاً، لأنه لا يستبد بذلك دون إذن المريض»[6].

وابن رشد، حيث قال: «ولا خلاف في أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنه يضمن؛ لأنه متعد»[7].

---

(١) مجمع الضمانات ص٤٧، الفتاوى الهندية ٤/ ٤٩٩، حاشية رد المحتار ٦/ ٦٨-٦٩.

(٢) بداية المجتهد ٢/ ٢٣٣، القوانين الفقهية ص٣٤١، حاشية الدسوقي ٤/ ٢٨، وقالوا عليه: مع الدية التعزير بالضرب والسجن.

(٣) الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٢/ ٤١٨-٤٢٠.

(٤) المغني ٦/ ١٢٠، العدة ص٢٧٠، زاد المعاد ٤/ ١٤٠، المبدع ٥/ ١١٠، الإقناع ٢/ ٣١٤.

(٥) هو حمد بن محمّد إبراهيم الخطاب، المشهور بالخطابي، يكنى بأبي سليمان، من ولد زيد بن الخطاب، أخي عمر بن الخطاب ﷺ ولد سنة ٣١٩ هـ، جمع بين الفقه والحديث واللغة والأدب، وصنف مصنفات منها: معالم السنن، غريب الحديث، وشرح البخاري، وتوفي سنة ٣٨٨ هـ (طبقات الشافعية للإسنوي ١/ ٢٢٣-٢٢٤، تذكرة الحفاظ ٣/ ١٠١٨، طبقات الحفاظ ص٤٠٤).

(٦) معالم السنن ٤/ ٣٩.

(٧) بداية المجتهد ٢/ ٤١٨.

الأدلة:

استدلوا بأدلةٍ من السنةِ، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

ما رواه عمرو[١] بن شعيب عن أبيه[٢] عن جده[٣] أن رسول الله ﷺ قال: «من تطبب وهو لا يعلم منه طب فهو ضامن»[٤].

---

(١) هو عمرو بن شعيب بن محمّد بن عبدالله بن عمرو بن العاص، القرشي، السهمي، يكنى بأبي عبدالله، روى عن أبيه وغيره، وأكثر روايته عنه، قال البخاري: رأيت أحمد بن حنبل وعلي بن المديني واسحاق بن راهوية وأبا عبيد وعامة أصحابنا يحتجون بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ما تركه أحد من المسلمين، وثقة النسائي، والعجلي، والدارمي، وغيرهم، توفي سنة ١١٨هـ. (ميزان الاعتدال ٣/ ٢٦٣-٢٦٨، تهذيب التهذيب ٨/ ٤٨-٥٥).

(٢) المقصود بأبيه هو شعيب بن محمّد بن عبدالله بن عمرو بن العاص، الحجازي، السهمي، وقد ينسب إلى جده عبدالله، روى عن جده، وابن عباس، وابن عمر، وغيرهم، قال ابن حبان: من الثقات، يقال أنه سمع من جده عبدالله بن عمرو وليس ذلك عندي بصحيح، وردّ عليه ابن حجر بأن البخاري وغيره ذكروا أنه سمع من جده، وقال في التقريب: صدوق، ثبت سماعه من جده، من الثامنة. تهذيب التهذيب ٤/ ٣٥٦-٣٥٧، تقريب التهذيب ١/ ٣٥٣).

(٣) قيل: المقصود بجده محمد، فيكون الحديث مرسل، ولكن الراجح كما ذكر المحققون كابن حجر وغيره أن المقصود به عبدالله بن عمرو بن العاص، وقد سبقت ترجمته ص١٢٣.

(٤) رواه أبو داود في كتاب الديات -باب فيمن تطبّب بغير علم فأعنت ٤/ ١٩٥، حديث رقم ٤٥٨٦، بهذا اللفظ، وقال: «هذا لم يروه إلا الوليد (يعني الوليد بن مسلم القرشي الدمشقي)، ولا ندري هو صحيح أم لا». والنسائي في كتاب القسامة -باب صفة شبه العمد وعلى من دية الأجنة وشبه العمد ٨/ ٥٢-٥٣، حديث رقم ٤٨٣٠. وابن ماجه في كتاب الطب -باب من تطبّب ولم يعلم منه الطب ٢/ ١١٤٨، الحديث رقم ٣٤٦٦. والحاكم في كتاب الطب ٤/ ٢١٢، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي في تلخيصه. والدارقطني في كتاب الحدود والديات وغيره ٣/ ١٩٥، الحديث رقم ٣٣٥، وفي كتاب الأقضية والأحكام ٤/ ٢١٥-٢١٦، الحديثان ٤٢، ٤٤. وقال شعيب الأرنؤوط وعبدالقادر الأرنؤوط في تخريجهما لأحاديث زاد المعاد: «وسنده حسن».

وفي لفظ: «أيما طبيب تطبب على قوم لا يعرف له تطبب قبل ذلك فأعنت فهو ضامن»[١].

وفي لفظ آخر: «من تطبب ولم يكن بالطب معروفاً، فأصاب نفساً فما دونها، فهو ضامن»[٢].

وهذا الحديث واضح الدلالة.

قال ابن القيم: «وقوله ﷺ: (من تطبب) ولم يقل: من طب، لأن لفظ التفعل يدل على تكلف الشيء والدخول فيه بعسر وكلفة، وأنه ليس من أهله كتحلم وتشجع وتصبر ونظائرها»[٣].

ثانياً: من المعقول:

أن الطبيب إذا لم يكن حاذقاً وعارفاً بالطب لم يحل له مباشرة العلاج بالقطع وغيره، وإذا قطع مع هذا كان فعلاً محرماً، فيضمن سرايته[٤].

أما إذا علم المريض أن الطبيب جاهل لا علم له، وأذن له في طبه فقد ذكر ابن القيم أنه لا يضمن، وأن هذه الصورة لا تخالف ظاهر

---

(١) روى هذا اللفظ أبو داود في الكتاب والباب السابقين ٤/ ١٩٥، الحديث رقم ٤٥٨٧، وسكت عنه.

(٢) روى هذا اللفظ البيهقي في كتاب القسامة -باب ما جاء فيمن تطبّب بغير علم فأصاب نفساً فما دونها ٨/ ١٤١. والدار قطني في كتاب الحدود والديات وغيره ٣/ ١٩٦، الحديث رقم ٣٣٦، وقال: «لم يسنده عن ابن جريج غير الوليد بن مسلم، وغيره يرويه عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب مرسلاً، عن النبي ﷺ»، وفي كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك ٤/ ٢١٦، الحديث رقم ٤٣.

(٣) زاد المعاد ٤/ ١٣٨.

(٤) المغني ٦/ ١٢٠، كشاف القناع ٤/ ٣٥.

حديث عمرو بن شعيب السابق[١].

الحالة الثالثة: أن يكون الطبيب حاذقاً، وقد أذن له، وأعطى الصنعة حقها، لكنه أخطأت يده فتعدت إلى عضو صحيح فأتلفه.

ومثال ذلك أن يتجاوز قطع في غير المحل، أو نحو ذلك.

وفي هذه الحالة ذكر ابن قدامة أنه لا يعلم خلافاً في أنه يضمن، حيث قال: «فأما إن كان حاذقاً، وجنت يده مثل أن تجاوز قطع الختان إلى الحشفة أو إلى بعضها..وأشباه ذلك ضمن فيه كله...وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي، ولا نعلم فيه خلافاً»[٢].

كما قال ابن رشد أيضاً: «وأجمعوا على أن الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية، مثل أن يقطع الحشفة في الختان، وما أشبه ذلك»[٣].

ولكن بعد البحث والتأمل في كتب الفقهاء اتضح أن هناك رواية عن الإمام مالك أنه لا يضمن، فتكون المسألة محل خلاف، وذلك على قولين:

القول الأول: أن الطبيب إذا كان حادقاً وجنت يده فإنه يضمن بالدية.

وبهذا قال الحنفية[٤]، وهو الرواية المشهورة عن الإمام مالك، وبها أخذ أصحابه[٥].

---

(١) زاد المعاد ٤/ ١٤٠.

(٢) المغني ٦/ ١٢٠-١٢١.

(٣) بداية المجتهد ٢/ ٤١٨.

(٤) مجمع الضمانات ص٤٧-٤٨، معين الحكام ص٢٠٣، الفتاوى الهندية ٤/ ٤٩٩.

(٥) بداية المجتهد ٢/ ٢٣٣، ٤١٨، القوانين الفقهية ص٣٤١، حاشية الدسوقي ٤/ ٢٨.

وبه قال الشافعية[١]، والحنابلة[٢].

القول الثاني: أن الطبيب إذا كان حاذقاً وجنت يده فإنه لا يضمن.

وبهذا قال الإمام مالك في رواية عنه[٣].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن جناية يد الطبيب إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ، فيضمن، كإتلاف المال[٤].

٢. أن جناية يد الطبيب فعل محرم؛ فيضمن سرايته، كالقطع ابتداء[٥].

٣. أن الطبيب إذا جنت يده خطأ فهو في معنى الجاني خطأ، فيضمن[٦].

دليل القول الثاني:

لعله يمكن الاستدلال لصاحب هذا القول بما يلي:

أن الطبيب إذا كان حاذقاً فجنت يده خطأ فهو مجتهد في عمله، وغير

---

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٢/ ٤١٨-٤٢٠.

(٢) المغني ٦/ ١٢٠-١٢١، العدة ص٢٧٠، زاد المعاد ٤/ ١٤٠، المبدع ٥/ ١١٠، الإقناع ٢/ ٣١٤-٣١٥.

(٣) بداية المجتهد ٢/ ٤١٨.

(٤) المغني ٦/ ١٢٠-١٢١، العدة ص٢٧٠، المبدع / ١١٠.

(٥) المغني ٦/ ١٢١، العدة ص٢٧٠، المبدع ٥/ ١١٠-١١١، كشاف القناع ٤/ ٣٥.

(٦) بداية المجتهد ٢/ ٤١٨.

قاصد للجناية، وإنما حصلت الجناية بدون اختياره، فلا يطالب بالضمان؛ لأن المطالبة بذلك تسبب إحجام الأطباء عن قبول الإجارة للعلاج، مما بسبب الضيق والحرج للناس، وهذا خلاف ما تهدف إليه الشريعة، وما شرعت الإجارة من أ جله.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن عدم القصد لا يمنع الضمان بالدية، بدليل أن الدية تجب في الجناية على النفس أو العضو إذا حصلت خطأ وبدون قصد، وإنما يمنع القصاص، وأما كون الضمان بسبب إحجام الأطباء عن قبول الإجارة للعلاج فهو غير وارد؛ لأنه يجب على الطبيب أن يحذر من التعدي، وأن لا يقدم على القطع إلا إذا تيقن أنه العضو المطلوب قطعه، وأنه غير متعد فيه؛ لأن جسم الإنسان له حرمة، فليس كغيره في الأهمية ووجوب الاحتياط له.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن الطبيب إذا كان حاذقاً وجنت يده خطأ فإنه يضمن؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن في ذلك احتياطاً من تعدى من لا يخاف الله بل أصبحت أعضاء الإنسان عرضة للسرقة في بعض البلدان.

الحالة الرابعة: أن يكون الطبيب حاذقاً فيجتهد في وصف الدواء للمريض فيخطئ، إما في صرف علاج لا علاقة له بالمرض، أو في صرف كمية أكثر من الكمية اللازمة، أو نحو ذلك، فيتلف منه المريض.

يرى الهيتمي كما ذكر في الفتاوى الفقهية الكبرى أن من صرف دواء فتولد الهلاك من دوائه بقول عدلين يلزمه الضمان[1].

واستدل على ذلك بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «من تطبب وهولا يعلم منه طب فهو ضامن»[2].

وجه الاستدلال:

أنه ليس المقصود بهذا الحديث من يجهل الطب جهلاً تاماً فحسب، بل الطبيب الذي أخطأ في وصف الدواء يدخل في ذلك، فيضمن[3].

وقد ذكر ابن القيم أن هذا يخرج على روايتين:

إحداهما: أن دية المريض في بيت المال.

والثانية: أنها على عاقلة الطبيب.

وقد نص عليهما الإمام أحمد في خطأ الإمام والحاكم[4].

وقد ناقش الدكتور عبد الرحمن النفيسة[5] الرواية الأولى بأن فيها نظراً؛ لأن الطبيب قد أخطأ بفعله أو إهماله فالحق حينئذ أن يتحمل

---

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى ٢/ ٤١٨-٤٢٠.

(٢) سبق تخريجه ص٤٠٧.

(٣) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة -العدد الثالث (ربيع الآخر-جمادى الأولى-جمادى الآخرة ١٤١٠ هـ) بحث مسئولية الأطباء ص١٨٧.

(٤) زاد المعاد ٤/ ١٤١.

(٥) هو الدكتور عبدالرحمن بن حسن النفيسة، صاحب ورئيس تحرير مجلة البحوث الفقهية المعاصرة.

خطأه بدليل قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴿٣٨﴾﴾[١] وبيت المال بمثابة الضامن إما نيابة عن الجماعة فيما يمكن نسبته إليهم حكماً كخطأ الحاكم الذي يعمل من أجلهم ولمصلحتهم، أو لجبر ضرر أصاب شخصاً لا يمكن جبره إلا عن طريق بيت المال كقتيل الزحام، أما الطبيب الذي يعمل لنفسه ويتقاضى أجراً عليه فينبغي أن يتحمل خطأه، وليس له على الجماعة من سبيل[٢].

فالذي يظهر -والله أعلم- أن الحكم في ذلك حكم قتل الخطأ فيضمن الطبيب، وتكون الدية على عاقلته؛ لما في ذلك من المصلحة الظاهرة في أخذ الأطباء والحذر في صرف الأدوية للمرضى، ولأن الجناية قد حصلت بسببه فيتحمل ما يترتب عليها.

الحالة الخامسة: أن يكون الطبيب حاذقاً، فيقطع سلعة[٣] من رجل أو صبي، أو مجنون بغير إذنه أو إذن وليه[٤]، أو ختن صبيا بغير إذن وليه فيتلف، وقد اختلف الفقهاء في الضمان في هذه الحالة على قولين:

---

(١) سورة المدثر الآية (٣٨).

(٢) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة- العدد الثالث (ربيع الآخر-جمادى الأولى-جمادة الآخرة ١٤١٠هـ) بحث مسئولية الأطباء ص١٨٧.

(٣) سبق بيانها ص٤٠٣.

(٤) قال الدكتور النفيسة: والمقصود بذلك عدم الإذن غير المصحوب بالإكراه ويمكن تصور ذلك في حالة التلاميذ الذين يعالجون في مدارسهم، فقد يخطيء طبيب المدرسة في علاج أحدهم كعدم قيامه باختبار حساسيته مما يتسبب في موته بفعل مادة البنسلين مثلاً... كما يمكن تصور عدم الإذن في حالة المجنون المقيم في المصحات المخصصة لهذا النوع من المرض... (مجلة البحوث الفقهية المعاصرة -العدد الثالث- ص١٨٨).

القول الأول: أن الطبيب لا يضمن في هذه الحالة سواء أذن له أم لم يؤذن له إلا إذا تعدى.

وهذا هو الظاهر من قول الحنفية، حيث جاء في الفتاوى الهندية: «وهذا إذا كان البزغ[١] بإذن صاحب الدابة أما إذا كان بغير إذنه فهو ضامن سواء تجاوز الموضع المعتاد أو لم يتجاوز»[٢]، وهو اختيار ابن القيم[٣].

القول الثاني: أن الطبيب يضمن في هذه الحالة إذا لم يأذن له البالغ، أو ولي الصغير والمجنون، ولا يضمن إذا لم يأذنا له.

وبهذا قال جمهور الحنابلة[٤].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الطبيب إذا عالج بدون إذن المريض أو وليه، ولم يتعد في علاجه فهو محسن، وقد قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[٥]، فلا يضمن عند التلف[٦].

---

(١) قال الفيومي: بَزَغَ البيطار والحجّام بَزْغًا من باب قتل شرط وأسال الدم. (المصباح المنير، مادة «بزغ» ١/ ٤٨).

(٢) الفتاوى الهندية ٤/ ٤٩٩.

(٣) زاد المعاد ٤/ ١٤١.

(٤) المغني ٦/ ١٢١، زاد المعاد ٤/ ١٤١، المبدع ٥/ ١١١، كشاف القناع ٤/ ٣٥.

(٥) سورة التوبة الآية (٩١).

(٦) زاد المعاد ٤/ ١٤١.

أن الطبيب إذا عالج بدون إذن ولي المريض فإنه إن كان متعدياً فلا أثر لإذن الولي في إسقاط الضمان، وإن لم يكن متعدياً فلا وجه لضمانه(١).

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الطبيب إذا عالج بدون إذن المريض أو وليه، كأن يقطع سلعة، أو يختن صبياً، أو نحو ذلك فسرت جنايته فإن ذلك يعد تعدياً على المريض؛ لعدم الإذن، فيضمن(٢).

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن القيم بقوله: «قلت: العدوان وعدمه إنما يرجع إلى فعله هو، فلا أثر للإذن وعدمه فيه»(٣).

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن الطبيب لا يضمن إذا عالج ولم يتعد في علاجه، سواء أذِنَ له أم لم يؤذن له؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من المصلحة الظاهرة للمريض، فقد يحتاج مثلا إلى إجراء عملية جراحية مستعجلة يضر تأخيرها بالمريض، أو قد يؤدي به إلى الوفاة ويتعذر وجود وليه في تلك الساعة لأخذ إذنه كما في بعض حالات الولادة.

---

(١) المرجع السابق.
(٢) المغني ٦/ ١٢١، كشاف القناع ٤/ ٣٥.
(٣) زاد المعاد ٤/ ١٤١.

ومع ذلك فإنه يجب أخذ إذن المريض أو وليه في ذلك، ولا يهمل إلا عند تعذر حصوله، منعاً للتساهل في ذلك.

المطلب الرابع: تصرفات الراعي فيما تحت يده من البهائم، وضمانه لها عند التلف

لابد قبل الكلام على ذلك من التمهيد له ببيان حكم الاستئجار للرعي، وبيان وظيفة الراعي سبيل الإجمال.

أما حكم الاستئجار للرعي فقد نقل ابن قدامة اتفاق العلماء على صحته، حيث قال: «لا نعلم خلافاً في صحة استئجار الراعي»(١).

وأما وظيفته فقد بينها الحجاوي(٢) فيما نقله عن الفصول(٣) فقال: «وفي الفصول:يلزم الراعي توخي أمكنة المرعى النافع، وتوقي النبات المضر، وردها عن زرع الناس، وإيرادها الماء إذا احتاجت إليه على الوجه الذي لا يضرها شربه، ودفع السباع عنها، ومنع بعضها عن بعض، قتالاً، ونطحاً، فيرد الصائلة عن المصول عليها، والقرناء عن الجماء، والقوية عن الضعيفة، فإذا جاء المساء وجب عليه إعادتها إلى أربابها، انتهى»(٤).

---

(١) المغني ٦/ ١٢٦.

(٢) هو موسى بن أحمد بن موسى الحجاوي، المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا، من أهل دمشق، فقيه، محدّث، أصولي، كان مفتي الحنابلة وشيخ الإسلام في دمشق، له مؤلفات منها: الإقناع، وزاد المستقنع في اختصار المقنع، وشرح منظومة الآداب الشرعية، توفي سنة ٩٦٨ هـ. (مختصر طبقات الحنابلة ص٨٤-٨٥، شذرات الذهب ٨/ ٣٢٧).

(٣) هو كتاب فقهي لأبي الخطاب الحنبلي.

(٤) الإقناع ٢/ ٣١٥.

إذا تبين هذا فإنه يجب على الراعي التصرف في البهائم حسب هذه الوظيفة، فلا يصح له التقصير في القيام بها، ولكن إذا تلفت هل يعد أميناً عليها، فلا يضمنها إلا بتعد أو تفريط، أو يضمنها مطلقاً؟.

الراعي إما أن يكون خاصا، أو مشتركا:

فإن كان خاصا كأن يستأجر إنسان شخصا لرعي ماشيته خاصة فحكمه حكم الأجير الخاص وقد سبق[1] الخلاف فيه.

وأما إن كان مشتركا كأن يستأجر أناس شخصا لرعي ماشيتهم من إبل، أو بقر، أو غنم فحكمه كما يلي:

ذكر ابن قدامة أنه لا يعلم خلافاً في عدم ضمان الراعي إلا عند التعدي أو التفريط إلا عن الشعبي[2] حيث قال: «إذ لا نعلم فيه خلافاً إلا عن الشعبي ...فأما ما تلف بتعدية فيضمنه بغير خلاف»[3].

كما ذكر ذلك برهان الدين بن مفلح، حيث قال: «ولا ضمان على الراعي إذا لم يتعد، بغير خلاف نعلمه إلا ما روي عن الشعبي، واقتضى ذلك أن ما تلف بتعديه أنه ضامن له بغير خلاف»[4].

---

(١) ص٣٨٤ وما بعدها.

(٢) هو عامر بن شراحيل الهمذاني، الكوفي، أبو عمرو، علامة التابعين، ولد في خلافة عمر، كان إماماً، حافظاً، فقيهاً، ثبتاً، متقناً، قال فيه أبو إسحاق الحبال: كان واحد زمانه في فنون العلم، وقال مكحول: ما رأيت أحداً أعلم بسنة ماضية من الشعبي، وتوفي سنة ١٠٣ هـ، وقيل: ١٠٤، وقيل غير ذلك. (طبقات ابن سعد ٦/ ٢٤٦-٢٥٦، تذكرة الحفاظ ١/ ٧٩-٨٨، تهذيب التهذيب ٥/ ٦٥-٦٩).

(٣) المغني ٦/ ١٢٧.

(٤) المبدع ٥/ ١١١.

ولكن بعد التمعن في كتب الفقهاء اتضح أن المسألة محل خلاف، وذلك على قولين:

القول الأول: أن الراعي لا يضمن إلا بتعدٍ أو تفريطٍ.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة، وزفر والحسن بن زياد من أصحابه[1].

وبه قال الإمام مالك، وأصحابه[2]، وهو القول الصحيح عند الشافعية[3].

وبه قال الحنابلة[4].

القول الثاني: أن الراعي يضمن مطلقاً.

وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية[5].

وهو قول عند الشافعية[6].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم الضمان عند عدم التعدي والتفريط بما يلي:

---

(١) بدائع الصنائع ٤/ ٢١٠ مع ص٢١٢، الفتاوى الهندية ٤/ ٥٠٨.

(٢) المدونة ٤/ ٤٣٩، التفريع ٢/ ١٨٧.

(٣) المهذب ١/ ٢١٥، روضة الطالبين ٥/ ٢٢٨.

(٤) المغني ٦/ ١٢٦-١٢٧، العدة ص٢٧١، المبدع ٥/ ١١١. الإنصاف ٦/ ٧٥-٧٦، كشاف القناع ٤/ ٣٥.

(٥) بدائع الصنائع ٤/ ٢١٠، مع ص٢١٢.

(٦) المهذب ١/ ٤١٥، روضة الطالبين ٥/ ٢٢٨.

١.أن الراعي مؤتمن على حفظ الماشية، فلم يضمن من غير تعد ولا تفريطٍ، قياسا على المودَع[1].

٢.أن الماشية أعيان قبضها الراعي بحكم الإجارة، فلم يضمنها من غير تعدٍ أو تفريط قياسا على العين المستأجرة[2].

ثانياً: واستدلوا على ضمان الراعي عند التعدي أو التفريط بما يلي:

أن الراعي إذا تعدى على الماشية أو فرط في حفظها فتلفت فقد تلفت بعدوانه وتفريطه، فيضمنها قياساً على المودَع إذا تعدى أو فرط[3].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما استدل به من قال بضمان الأجير المشترك مطلقاً، وقد سبقت[4]، وسبقت مناقشتها.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة-والله أعلم بالصواب-هو القول الأول القائل بعدم ضمان الراعي إلا إذا تعدى أو فرط؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن الماشية أمانة في يده فلا يضمن إلا بتعد أو تفريط

---

(١) المغني ٦/ ١٢٧، العدة ص٢٧١، المبدع ٥/ ١١١، كشاف القناع ٤٥/ ٣٥.
(٢) المغني ٦/ ١٢٧، المبدع ٥/ ١١١، كشاف القناع ٤/ ٣٥.
(٣) المغني ٦/ ١٢٧
(٤) ص٣٩٤.

كسائر الأمناء، ولأن التضمين المطلق يؤدي إلى امتناع الناس، عن قبول الإجارة على الرعي مما يؤدي إلى الحرج والتضييق على الناس وهذا خلاف ما تهدف إليه الشريعة الإسلامية عموماً، والإجارة خصوصاً.

الباب الثاني

تصرفات الأمين في عقود التفويض والإطلاق

وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول: تصرفات الوكيل فيما وكل عليه.

الفصل الثاني: تصرفات المستعير في العين المستعارة.

الفصل الثالث: تصرفات ناظر الوقف.

الفصل الرابع: تصرفات الوصي والقاضي في مال الصغير أو المجنون.

الفصل الأول

تصرفات الوكيل فيما وكل عليه[١]

وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: بيع الوكيل لما وكل في بيعه، وشراؤه لما وكل في شرائه.

المبحث الثاني: صلح الوكيل عن موكله.

المبحث الثالث: توكيل الوكيل غيره فيما وكل فيه.

المبحث الرابع: انفراد أحد الوكلاء بالتصرف إذا تعددوا.

المبحث الخامس: تصرفات الوكيل بعد عزله.

المبحث السادس: تلف ما وكل عليه تحت يد الوكيل، وضمانه.

---

(١) سبق تعريف الوكالة في اللغة والشرع ص٩٨.

المبحث الأول

بيع الوكيل لما وكل في بيعه، وشراؤه لما وكل في شرائه

وفيه أربعة عشر مطلباً:

المطلب الأول: بيع الوكيل بالنقد والنسيئة.

المطلب الثاني: شراء الوكيل بالنقد والنسيئة.

المطلب الثالث: بيع الوكيل بغير نقد البلد.

المطلب الرابع: بيع الوكيل بالعرض.

المطلب الخامس: تجزئة الوكيل ما وكل ببيعه.

المطلب السادس: قبض الوكيل في البيع للثمن.

المطلب السابع: تسليم الوكيل في البيع للمبيع.

المطلب الثامن: قبض وكيل الشراء للمبيع.

المطلب التاسع: تسليم وكيل الشراء الثمن.

المطلب العاشر: شراء الوكيل للمعيب.

المطلب الحادي عشر: إبراء الوكيل المشتري من الثمن.

المطلب الثاني عشر: بيع الوكيل بدون ثمن المثل، وشراؤه بأكثر منه.

المطلب الثالث عشر: بيع الوكيل على نفسه، وشراؤه منها.

المطلب الرابع عشر: بيع الوكيل على من لا تقبل شهادته لهم، وشراؤه منهم.

المطلب الأول: بيع الوكيل بالنقد والنسيئة

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: بيع الوكيل نسيئة عند إطلاق العقد.

المسألة الثانية: بيع الوكيل نقداً إذا وكل في البيع نسيئة.

المسألة الثالثة: بيع الوكيل نسيئة إذا وكل في البيع نقدا.

المسألة الأولى: بيع الوكيل نسيئة عند إطلاق العقد

إذا وكل شخص ببيع شيء كسيارة، أو حيوان، أو غير ذلك فأراد بيعها مؤجلا، فهل يملك ذلك بمطلق العقد، أو لا بد من إذن الموكل؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الوكيل لا يملك البيع نسيئة الإ بإذن الموكل وبهذا قال محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة[1]، والإمام مالك[2]، وبه قال الشافعية[3]، والإمام أحمد في الرواية المشهورة عنه، وبها أخذ أكثر أصحابه، وهو المذهب عندهم[4].

القول الثاني: أن الوكيل يملك البيع نسيئة إلا أن ينهاه الموكل عن ذلك.

---

(١) رؤوس المسائل ص٣٣٥-٣٣٦، بدائع الصنائع ٦/ ٢٧، البحر الرائق ٧/ ١٦٧.

(٢) المدونة ٤/ ٢٤٤، الإشراف ٢/ ٢٨، التفريع ٢/ ٣١٨، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٩٠، بداية المجتهد ٢/ ٣٠٣، القوانين الفقهية ص٣٣٣.

(٣) مختصر المزني مع الأم ٨/ ٢١٠، الوجيز ١/ ١٩٠، المهذب ١/ ٣٦١، حلية العلماء ٥/ ١٣٣، تقويم النظر ٣/ ٧١٩، روضة الطالبين ٤/ ٣٠٣.

(٤) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٣٩٦، المغني ٥/ ٢٥٤، المحرر ١/ ٣٥٠، المبدع ٤/ ٣٦٨، الإنصاف ٥/ ٣٧٨، مطالب أولي النهى ٣/ ٤٥٠.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة[١]، والإمام أحمد في رواية عنه[٢]، وبها أخذ بعض أصحابه[٣].

القول الثالث: أن الوكيل لا يملك البيع نسيئة إلا إذا كان للتجارة لا للحاجة، وبالمدة المتعارف عليها بين الناس.

وبهذا قال أبو يوسف صاحب أبي حنيفة، وعليه الفتوى عند الحنفية[٤].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن أمر الموكل للوكيل بالبيع مطلق، والأمر المطلق يتقيد بالمتعارف؛ لأن التصرفات لدفع الحاجات، فتتقيد بمواقعها، والمتعارف هو البيع نقداً، ولهذا يتقيد التوكيل مثلا بشراء الفحم، والأضحية بزمان الحاجة، ففي الفحم بالشتاء، وفي الأضحية بزمانها[٥].

---

(١) رؤوس المسائل ص٣٣٥، المبسوط ١٩/ ٣٥، بدائع الصنائع ٦/ ٢٧، البحر الرائق ٧/ ١٦٧، الفتاوى الهندية ٣/ ٥٨٨.

(٢) وقيل: هو تخريج، وقيل: احتمال كالمضارب.

(٣) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٣٩٦، المحرر ١/ ٣٥٠، الإنصاف ٥/ ٣٧٩.

(٤) البحر الرائق ٧/ ١٦٧، اللباب ٢/ ١٤٧، الفتاوى الهندية ٣/ ٥٨٨.

(٥) رؤوس المسائل ص٣٣٦، بدائع الصنائع ٦/ ٢٧، الهداية ٣/ ١٤٥-١٤٦، البحر الرائق ٧/ ١٦٧، مجمع الأنهر ٢/ ٢٣٦، اللباب ٢/ ١٤٧.

٢.أن الأصل في البيع النقد، وإنما يدخل التأجيل لكساد أو فساد، فإذا أطلق حمل على الأصل وهو النقد[١].

٣.أن الموكل لو باع بنفسه وأطلق لا نصرف إلى الحلول، فكذلك وكيله[٢].

٤.أن البيع المطلق في الشريعة يقتضي التقييد، بدليل أن من قال:بعتك هذا الثوب بدينار، فقال:قبلت، اقتضى النقد بحق الإطلاق، فإذا كان الوكيل إنما أذن له في بيع مطلق، فكأنه أذن له على وجه المعقول منه، وهو النقد، فلم يملك البيع نسيئة[٣].

أدلة القول الثاني:

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١.أن أمر الموكل للوكيل بالبيع أمر مطلق، ومن اعتبر أمره في شي بغير إطلاق جعل أمره كأوامر الشرع، فالامتثال إنما يحصل بأصل البيع لا بصفة النقد والنسيئة؛ لأن ذلك قيد، والمطلق غير مقيد[٤].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشة بأن الوكالة المطلقة في البيع إنما هي مطلقة عن التقييد من جهة الموكل، لكنها ليست مطلقة عن التقييد من جهة العرف؛ لأن

---

(١) المهذب ١/ ٣٦١، المغني ٥/ ٢٥٤، كشاف القناع ٣/ ٤٧٤.
(٢) المبدع ٤/ ٣٦٨.
(٣) الإشراف ٢/ ٢٨.
(٤) المبسوط ١٩/ ٣٥.

قيد العرف مقصود للموكل وإن لم يصرح بـه، فـهو إنما وكَـل الوكيـل ليمتثل ويتصرف له حسب مقتضـى العـرف، والنقـد هـو العـرف عنـد إطلاق البيع.

٢.أن الوكيل يملك البيع نسيئة قياساً على المضارب[1].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة، وابن مفلح بأنه قياس مع الفارق من وجهين:

الأول: أن المقصود في المضاربة تحصيل الربح، وهـو في النسـاء أكـثر، ولا يتعين ذلك في الوكالة، بل ربمـا كـان المقصـود تحصيـل الثمـن لدفع حاجته، فتفوت بتأخير الثمن.

الثاني: أن استيفاء الثمن في المضاربة علـى المضـارب، فيعـود الضـرر عليه، واستيفاء الثمـن في الوكالـة علـى الموكـل، فيعـود ضـرر الطلب عليه وهو لم يرض به، فانقطع الإلحاق[2].

دليل القول الثالث:

أما صاحب القول الثالث فاستدلّ له على قوله بعدم ملكيـة الوكيـل للبيع نسيئة إذا لم يكن البيع للتجارة، أو كان بـأكثر مـن المـدة المتعـارف عليها، بالدليل الأول من أصحاب القول الأول.

ولم أطلع على دليلٍ له على ملكية ذلـك إذا كـان البيـع للتجـارة، وبـالمدة المتعارف عليها.

---

(١) المقنع ص١٢٨.

(٢) المغني ٥/ ٢٤٥، المبدع ٤/ ٣٦٩.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الوكيل للبيع نسيئة عند إطلاق العقد إلا بإذن الموكل؛ لقوة ما استدلوا به، ودفعاً للضرر عن الموكل بتأجيل الثمن؛ لأنه غالباً ما يقصد من التوكيل في البيع السرعة في الحصول على الثمن للانتفاع به.

المسألة الثانية: بيع الوكيل نقدا إذا وكّلَ في البيع نسيئة

إذا وكّلَ شخص في بيع شيء نقداً بأن صرح له الموكل بذلك، كأن يقول له:بع داري هذه بمائة ألف ريال نقدا، فهل يملك الوكيل البيع نسيئة؟ وبأي ثمن؟.

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على عدم ملكية الوكيل للبيع نسيئة إذا وكل في البيع نقداً، بأن صرح له الموكل بذلك حين العقد، وكان ذلك بقيمته نقداً، أو كان بقيمته نسيئة وكان في وقت لا يؤمن النهب، أو لحفظه مؤنة.

فقد قال بذلك الحنفية[1].

وهو الظاهر من قول المالكية، حيث قال ابن عبد البر:«لا يجور له التصرف إلا ما ذُكر له في عقد الوكالة»[2].

---

(١) الفتاوى الهندية ٣/ ٥٨٨.

(٢) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٨٦.

وبه قال الشافعية[1]، والحنابلة[2].

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

١. أن الموكل لم يأذن للوكيل في البيع نقداً، وإنما أذن له في النسيئة، فلا يملكه؛ لأنه إنما يتصرف حسب الإذن[3].

٢. أنه قد يكون للموكل غرض في كون الثمن في ذمة مليء، فيفوّت الوكيل عليه ذلك ببيعه نقداً، فلا يملكه[4].

أما إذا كان البيع بقيمة نسيئة وكان في وقت يؤمن النهب والسرقة، وليس لحفظه مؤنة فاختلفوا على قولين:

القول الأول: أن الوكيل يملك البيع نقداً بقيمة البيع نسيئة إذا كان ذلك في وقت يؤمن النهب والسرقة، وليس لحفظه مؤنة.

وهذا هو الصحيح من المذهب عند الشافعية[5]، وبه قال الحنابلة[6].

القول الثاني: أن الوكيل لا يملك البيع نقداً بقيمة البيع نسيئة مطلقاً.

وهذا هو الظاهر من قول الحنفية، حيث جاء في الفتاوى الهندية: «قال

---

(١) الوجيز ١/ ١٩١، المهذب ١/ ٣٦١، حلية العلماء ٥/ ١٣٧، روضة الطالبين ٤/ ٣١٧.

(٢) الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٤٧.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المهذب ١/ ٣٦١.

(٥) المرجع السابق، وروضة الطالبين ٤/ ٣١٧، مغني المحتاج ٢/ ٢٢٤، أسنى المطالب ٢/ ٢٧٣.

(٦) الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٤٧.

مشايخنا: وإنما يجوز البيع بالنسيئة إذا لم يكن في لفظه ما يدل على البيع بالنقد وإذا كان في لفظه ما يدل على البيع بالنقد لا يجوز البيع بالنسيئة»[١].

فقيدوا تصرف الوكيل بلفظ العقد ولم يفرقوا بين قيمة وأخرى.

كما أنه الظاهر من قول المالكية حيث قال ابن عبدالبر كما تقدم: «ولا يجوز له التصرف إلا ما ذكر له في عقد الوكالة»[٢]، وما في عقد الوكالة هو البيع نسيئة، فإذا باع نقداً فإن يعد مخالفاً وإن كان بقيمة النسيئة.

وبه قال بعض الشافعية[٣].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الوكيل إذا باع نقداً ما وُكِّلَ ببيعه نسيئة بقيمة البيع نسيئة وكان ذلك في وقت يؤمن النهب وليس لحفظه مؤنة فقد زاد الموكل بالتعجيل خيراً، فيصح له ذلك[٤].

---

(١) الفتاوى الهندية ٣/ ٥٨٨.

(٢) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٨٦.

(٣) روضة الطالبين ٤/ ٣١٧.

(٤) المهذب ١/ ٣٦١، أسنى المطالب ٢/ ٢٧٣، الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٤٧.

دليل القول الثاني:

أما أصحاب القول الثاني فالظاهر من كلامهم أنهم يستدلون بما يلي:

أن الوكيل لا يتصرف إلا بحسب ما يقتضيه عقد الوكالة، والعقد هنا على البيع نسيئة، فلا يملك مخالفته بالبيع نقدا.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن البيع في هذه الحالة لم يخالف مقتضى العقد في الحقيقة؛ لأنه خير للموكل مما عقد عليه، وذلك لأن الثمن حاصل والأمن متوفر وليس لحفظه مؤنة، وقد زاد على مقتضى العقد خيراً، وذلك بالتعجيل.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة-والله أعلم بالصواب-هو القول الأول القائل بأن الوكيل يملك البيع نقداً والبيع نسيئة إذا كان ذلك في وقت يؤمن النهب والسرقة، وليس لحفظه مؤنة؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن مقصود الموكل تحصيل قيمة المبيع في البيع نسيئة وقد حصلت له نقدا في حال لا يتضرر بالنقد للأمن وعدم احتياج الثمن إلى مؤنة في حفظه، فهو خير له مما عقد عليه، فيملكه الوكيل.

المسألة الثالثة: بيع الوكيل نسيئة إذا وكل في البيع نقدا

إذا وكل شخص في بيع شيء نسيئة، وصرح له الموكل بذلك بأن قال له: بع سيارتي هذه بثلاثين ألف ريال نسيئة، فهل يملك الوكيل البيع نقداً؟ وبأي ثمن؟.

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على عدم ملكية

الوكيل للبيع نسيئة إذا وكل في البيع نقداً.

فهو الظاهر من قول الحنفية حيث جاء في الفتاوى الهندية كما سبق: «قال مشايخنا: وإنما يجوز البيع بالنسيئة إذا لم يكن في لفظه ما يدل على البيع بالنقد وإذا كان في لفظه ما يدل على البيع بالنقد، لا يجوز البيع بالنسيئة»[(١)].

وهو الظاهر -أيضاً- من قول المالكية والشافعية حيث قالوا -كما سبق[(٢)]- بعدم ملكيته للبيع نسيئة عند إطلاق العقد فمن باب أولى عند التصريح بالتوكيل في البيع نقداً. وبه قال الحنابلة، حيث قال ابن قدامة: «وإن أذن له في البيع بنقد لم يملك بيعه نسيئة»[(٣)].

الأدلة:

يمكن الاستدلال لهم بما يلي:

١. أن الوكيل لا يملك البيع نسيئة عند إطلاق عقد الوكالة -كما سبق رجحانه- فمن باب أولى إذا صرح الوكيل بالتوكيل بالبيع نقداً.

٢. أن الغالب في التوكيل في البيع أن يكون مقصود الموكل هو تحصيل الثمن في أقرب وقت، فإذا صرح بذلك بأن وكل بالبيع نقداً تأكد هذا المقصود، فيكون في البيع نسيئة ضرر على الموكل، فلا يملكه الوكيل.

---

(١) الفتاوى الهندية ٣/ ٥٨٨.

(٢) ص٤٢٥.

(٣) الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٤٧.

المطلب الثاني: شراء الوكيل بالنقد والنسيئة

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: شراء الوكيل نسيئة عند إطلاق العقد.

المسألة الثانية: شراء الوكيل نقدا إذا وكّل في الشراء نسيئة.

المسألة الثالثة: شراء الوكيل نسيئة إذا وكّل في الشراء نقداً.

المسألة الأولى: شراء الوكيل نسيئة عند إطلاق العقد

إذا وكّل شخص في شراء شيء، وكانت الوكالة مطلقة من النقد والنسيئة، كأن يقول له الموكل: اشتر لي دارا، فهل يملك الشراء نسيئة، أو لا يملكه؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:أن الوكيل يملك الشراء نسيئة إذا كان بالثمن الذي قدره له الموكل، ولم يتضرر الموكل بذلك، كأن يتضرر ببقاء الثمن معه، أو نحو ذلك.

وبهذا قال بعض الحنابلة[1]، وصوّبه المرداوي[2].

القول الثاني: أن الوكيل يملك الشراء نسيئة إذا كان بالثمن الذي قدره له الموكل مطلقاً.

وبهذا قال الحنفية[3]، وهو وجه عند الشافعية[4].

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة ٥/ ٢٣٠، المبدع ٤/ ٣٧٢، الإنصاف ٥/ ٣٨٥.

(٢) الإنصاف ٥/ ٣٨٥.

(٣) البحر الرائق ٧/ ١٦٩، الفتاوى البزازية ٥/ ٤٨٤.

(٤) المهذب ١/ ٣٦١، أسنى المطالب ٢/ ٢٧٣.

وهذا المذهب عند الحنابلة[١].

القول الثالث: أن الوكيل لا يملك الشراء نسيئة مطلقاً.

وبهذا قال المالكية[٢]، وهو وجه عند الشافعية[٣].

وبه قال بعض الحنابلة[٤].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على ملكية الوكيل الشراء نسيئة عند عدم الضرر بما يلي:

أن الوكيل قد زاد الموكل خيرا بالتأجيل، فيصح شراؤه، أشبه ما لو وكله في الشراء بمائة فاشترى بدونها[٥].

ثانياً: ويمكن الاستدلال لهم على عدم ملكيته لذلك عند الضرر بما يلي:

أن في شراء الوكيل في هذه الحالة ضرراً على الموكل، ومن القواعد المقررة في الشريعة أن الضرر يزال[٦]، فلا يجوز.

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة ٥/ ٢٣٠، المبدع ٤/ ٣٧٢، الإنصاف ٥/ ٣٨٥.

(٢) بداية المجتهد ٢/ ٣٠٣.

(٣) المهذب ١/ ٣٦١.

(٤) المبدع ٤/ ٣٧٢.

(٥) المهذب ١/ ٣٦١، أسنى المطالب ٢/ ٢٧٣، الشرح الكبير لابن قدامة ٥/ ٢٣٠، المبدع ٤/ ٣٧٢.

(٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٣-٨٤.

دليل القول الثاني:

الظاهر أن أصحاب هذا القول يستدلون بما استدل به أصحاب القول الأول على ملكية الوكيل للشراء نسيئة عند عدم الضرر من أن في التأجيل زيادة خير للموكل فيصح، كما لو وكله بمائة فاشترى بدونها.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن هذا فيما إذا لم يترتب عليه ضرر، أما إذا ترتب ضرر فلا يصح؛ لأن دفع الضرر عن الموكل أولى من زيادة الخير له بالتأجيل.

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الوكيل إذا اشترى نسيئة فقد خالف مقصود الموكل، فلا يجوز[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن المخالفة التي لا تجوز ما ترتب عليها ضرر بالموكل، أما إذا كانت بخير فتجوز؛ لأنها لا تعد في الحقيقة مخالفة، بل هو موافقة لما أراد الموكل وزيادة خير له.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة-والله أعلم بالصواب-هو القول الأول القائل بملكية الوكيل للشراء نسيئة عند إطلاق العقد إذا كان

---

(١) المبدع ٤/ ٣٧٢.

بالثمن الذي قدره له الموكل، ولم يتضرر الموكل بذلك؛ لقوة ما استدلوا به، ومراعاة لمصلحة الموكل، ودفعا للضرر عنه.

المسألة الثانية: شراء الوكيل نقدا إذا وُكّلَ في الشراء نسيئة

إذا وكّل شخص في الشراء نسيئة بأن قال له من وكله: اشتر لي مزرعة بمائة ألف ريال نسيئة، فهل يملك الشراء له نقداً، أو لا يملكه؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول:أن الوكيل لا يملك الشراء نقداً إذا وكل في الشراء نسيئة.

وهذا هو الظاهر من قول الحنفية، حيث جاء في الفتاوى الهندية: «والتوكيل بالشراء إذا كان مقيداً يراعى فيه القيد إجماعاً سواء كان القيد راجعاً إلى المشترى أو إلى الثمن حتى أنه إذا خالف يلزمه الشراء، إلا أنه إذا كان خلافا إلى خير فيلزم الموكل»[١].

فشراء الوكيل في هذه الحالة يجب أن يتقيد بقيد الموكل وهو الشراء نسيئة.

كما أنه الظاهر من قول المالكية -أيضاً- حيث قال ابن عبد البر: «وليس له أن يخالف شيئا مما أُمر به»[٢].

وهو الوجه الصحيح عند الشافعية[٣].

---

(١) الفتاوى الهندية ٣/ ٥٧٤.

(٢) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٩٠.

(٣) مغني المحتاج ٢/ ٢٢٩، نهاية المحتاج ٥/ ٤٧.

وبه قال الحنابلة، حيث قال ابن قدامة: «وإن وكله في الشراء نسيئة فاشترى نقدا لم يلزم الموكل»(١).

القول الثاني: أن الوكيل يملك الشراء نقداً إذا وكّلَ في الشراء نسئة.

وهذا وجه عند الشافعية(٢).

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن شراء الوكيل نقداً إذا وكل في الشراء نسيئة غير مأذون له فيه، فلا يملكه(٣).

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الوكيل بالشراء نسيئة إذا اشترى نقداً يكون قد زاد الموكل خيراً حيث لم يلزم ذمته شيئاً، فيملكه(٤).

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشة بأن الشراء نسيئة فيه خير للموكل أيضاً؛ لأنه يستفيد من تأجيل دفع الثمن، وهو أعلم بما فيه مصلحة له، فلو كان النقد خيراً له لوكل بالشراء به.

---

(١) الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٤٧.
(٢) مغني المحتاج ٢/ ٢٢٩، نهاية المحتاج ٥/ ٤٧.
(٣) الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٤٧.
(٤) مغني المحتاج ٢/ ٢٢٩، نهاية المحتاج ٥/ ٤٧.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة-والله أعلم بالصواب-هو القول الأول القائل بعدم ملكية الوكيل للشراء نقداً إذا وكل بالشراء نسيئة؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن الوكيل مأمور بالتقيد بما قيده به الموكل، ومن ذلك البيع نسيئة، ولأن الموكل لم يقيد الوكيل بالبيع نسيئة إلا لأن البيع نقداً ليس من مصلحته، إما لعدم وجود الثمن عنده أو لغير ذلك، فيتضرر بالبيع نقداً، فلا يملكه الوكيل دفعا للضرر عن الموكل.

المسألة الثالثة: شراء الوكيل نسيئة إذا وكّلَ في الشراء نقدا

إذا وكّل شخص في شراء شيء نقدا بأن صرح له الموكل بذلك، فقال له مثلاً: اشتر لي سيارة بخمسين ألف ريال نقداً، فهل يملك الشراء نسيئة، أو لا يملكه؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الوكيل في الشراء نقداً لا يملك الشراء نسيئة إذا كان بأكثر من ثمن النقد، أما إن كان بثمن النقد فإن كان الموكل يتضرر بذلك كأن يتضرر بحفظ الثمن لم يملكه، وإن لم يتضرر ملكه.

وهذا هو الظاهر من قول الحنفية كما تقدم في المسألة السابقة من كلامهم في الفتاوى الهندية حيث قالوا بأن وكيل الشراء إذا قيد فإنه يجب عليه مراعاة القيد إلا إذا كانت المخالفة إلى خير فإنها تصح، ولا شك أن بيع الوكيل نسيئة إذا بثمن النقد، ولم يتضرر الموكل به فإنه خير.

وهو الوجه الصحيح عند الشافعية[١]، وبه قال الحنابلة[٢].

القول الثاني: أن الوكيل في الشراء نقداً لا يملك الشراء نسيئة مطلقاً.

وهذا هو الظاهر من قول المالكية لما تقدم من كلام ابن عبد البر في المسألة السابقة، ولأنهم قالوا بعدم ملكية الوكيل للشراء نسيئة عند الإطلاق -كما سبق[٣]- فمن باب أولى يقولون بملكيته لذلك عند التقييد بالشراء نقداً.

وهو وجه عند الشافعية.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على ملكية الوكيل للشراء نسيئة إذا كان بثمن النقد وكان الموكل لا يتضرر بذلك بما يلي:

أن الوكيل إذا اشترى نسيئة بثمن النقد، ولم يكن على الموكل ضرر في ذلك فقد زاد الموكل خيراً، فيملك ذلك، كما لو وكله في الشراء بمائة فاشترى بدونها[٤].

---

(١) المهذب ١/ ٣٦١، الوجيز ١/ ١٩١، روضة الطالبين ٤/ ٣١٧، مغني المحتاج ٢/ ٢٢٩، أسنى المطالب ٢/ ٢٧٣.

(٢) الكافي لموفق الدين ابن قدامة ٢/ ٢٤٧، الشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة ٥/ ٢٣٠، المحرر ١/ ٣٥٠.

(٣) ص٣٥٥.

(٤) أسنى المطالب ٢/ ٢٧٣، فتح الجواد ١/ ٥١٧، الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٤٧، الشرح الكبير لابن قدامة ٥/ ٢٣٠.

ثانياً: أما قولهم بعدم ملكية الوكيل للشراء نسيئة إذا كان الشراء بأكثر من ثمن النقد، أو كان الموكل يتضرر بذلك فيمكن الاستدلال لهم عليه بما يلي:

أن في شراء الوكيل نسيئة في هاتين الحالتين مخالفة لمقتضى العقد فيما لا فائدة للموكل فيه، بل فيه مضرة عليه، فلا يملكه الوكيل.

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الموكل قد قصد بالتوكيل في الشراء نقداً ألا يكون عليه دين، وبالشراء نسيئة يكون الثمن ديناً على الموكل، فلا يملكه الوكيل[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الشراء نسيئة إذا كان بثمن النقد ولا ضرر على الموكل فيه فإنه يكون دينا في مصلحة الموكل؛لأنه يستفيد بتأجيل الثمن عنه، وهو لم يقصد بالتوكيل بالشراء نقداً ألا يكون مثل هذا الدين، لأنه لا شك في رغبته في هذه المصلحة.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة-والله أعلم بالصواب-هو القول الأول القائل بعدم ملكية الوكيل للشراء نسيئة إذا وكل في الشراء نقداً وكان البيع بأكثر من ثمن النقد، أما إذا كان بثمن النقد فإن كان الموكّل يتضرر به كأن يتضرر بحفظ الثمن لم يملكه، وإن لم يتضرر ملكه؛ لقوة ما

---

(١) المهذب ١/ ٣٦١.

استدلوا به، ولما في ذلك من مراعاة مصلحة الموكل، ولما فيه من تحقيق ما تهدف إليه الشريعة الإسلامية من إزالة الضرر، ففيه إزالة للضرر عن الموكل.

المطلب الثالث: بيع الوكيل بغير نقد البلد

إذا وكّل شخص ببيع شيء في بلد معين، وأهل هذا البلد يتعاملون بنقد خاص بهم، كأن وكّل شخص عندنا في المملكة العربية السعودية ببيع دار فهل بيعها بغير الريال السعودي كالجنيه المصري، أو الدينار الكويتي، أو الدولار الأمريكي، وإذا كان في البلد أكثر من نقد يتعامل به فبأيها يبيع؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الوكيل لا يملك البيع بغير نقد البلد إلا أن يعينه الموكل، فإن كان في البلد أكثر من نقد باع بالغالب، فإن تساوت باع بما شاء.

وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3].

---

(١) نقل هذا القول عنهما القاضي عبدالوهاب البغدادي في الإشراف ٢/ ٢٨، والقفال الشاشي في حلية العلماء ٥/ ١٣٤، ولم أطلع عليه فيما بين يدي من كتب الحنفية.

(٢) الإشراف ٢/ ٢٨، بداية المجتهد ٢/ ٢٠٣، الشرح الكبير للدردير ٣/ ٣٨٢، مواهب الجليل ٥/ ١٩٥، حاشية الخرشي ٦/ ٧٣.

(٣) المهذب ١/ ٣٦٠، حلية العلماء ٥/ ١٣٣، روضة الطالبين ٤/ ٣٠٣، نهاية المحتاج ٥/ ٣١، فتح الوهاب ١/ ٢٢٠، إعانة الطالبين ٣/ ٩٠.

وبه قال الإمام أحمد في الرواية المشهورة عنه، وبها أخذ أكثر أصحابه، وهو المذهب عندهم[١].

القول الثاني:أن الوكيل يملك البيع بغير نقد البلد مطلقاً.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة[٢]، وهو رواية[٣] عن الإمام أحمد، وبها أخذ بعض أصحابه[٤].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية الوكيل للبيع بغير نقد البلد إلا بتعيين الموكل بما يلي:

١. أن إطلاق النقد في البيع ينصرف إلى نقد البلد، ولهذا لو باع إنسان عبده بعشرة دراهم وأطلق حمل على نقد البلد[٥].

٢. أن الموكل لو باع بنفسه بيعا مطلقاً لاقتضى نقد البلد، فكذلك إذا أذن الموكل فيه لوكيله[٦].

---

(١) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٣٨٩، المغني ٥/ ٢٥٤، المذهب الأحمد ص١٨٢، المحرر ١/ ٣٥٠، الإنصاف ٥/ ٣٧٨.

(٢) نقل ذلك عنه القاضي عبدالوهاب في الإشراف ٢/ ٢٨، والقفال الشاشي في حلية العلماء ٥/ ١٣٤، ولم أطلع عليه فيما بين يدي من كتب الحنفية.

(٣) وقيل: تخريج، وقيل: احتمال كالمضارب.

(٤) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٣٨٩، المبدع ٤/ ٣٦٩، الإنصاف ٥/ ٣٧٨.

(٥) المهذب ١/ ٣٦٠، المغني ٥/ ٢٥٤، مطالب أولي النهي ٣/ ٤٥١.

(٦) الإشراف ٢/ ٢٨، المبدع ٤/ ٣٦٨.

ثانياً: واستدلوا على البيع بالغالب إذا كان في البلد أكثرمن نقد بما يلي:

أنه إذا كان في البلد أكثر من نقد، وكان يغلب التعامل بأحدها أكثر من غيره فإن الغالب هو نقد البلد، فيجب على الوكيل البيع به عند الإطلاق[١].

ثالثاً: واستدلوا علىملكية الوكيل للبيع بأحد النقود إذا تساوت بما يلي:

أن النقود إذا تساوت صار لا مزية لأحدها على الآخر، فليس هنالك نقد معين، فيملك الوكيل البيع بأيها شاء[٢].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن الوكيل يتصرف من طريق الأمر، والأمر بالبيع مطلقاً يقتضي بيعه ينقد البلد وغيره؛ لأن اسم البيع المطلق يقع على جميع ذلك[٣].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن إطلاق الموكل للبيع إنما هو إطلاق من جهته بعدم تقييده للوكيل بقيد، ولكنه ليس مطلقاً عن تقييد العرف؛ لأن قيد العرف مقصود للموكل وإن لم يصرح به، فهو إنما وكل حسب مقتضى العرف، والبيع بنقد البلد هو العرف عند الإطلاق.

---

(١) المهذب ١/ ٣٦٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٣٨٩.

٢.أن الوكيل يملك البيع بغير نقد البلد قياساً على المضارب[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشة هذا القياس بما ناقشه به ابن قدامة، وابن مفلح في مسألة البيع نسيئة[٢].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة-والله أعلم بالصواب-هو القول الأول القائل بعدم ملكية الوكيل للبيع بغير نقد البلد إلا إذا عينه الموكل، فإن كان هناك أكثر من نقد فبأغلبها، فإن تساوت فبأيها شاء؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن الغالب في التوكيل في أن يكون مقصود الموكل الحصول على الثمن في أسرع وقت، وفي البيع بغير نقد البلد تأخير للحصول على الثمن؛ لأن غير نقد البلد يحتاج إلى تحويل إلى نقد البلد، ولأن هذا هو المعروف عند الإطلاق، والمعروف كالمشروط.

المطلب الرابع: بيع الوكيل بالعرض

إذا وكّل شخص ببيع شيء فأراد بيعه بعرض، كأن وكل ببيع دار فباعها مقابل دار أخرى، أو كل بيع سيارة فباعها مقابل قطعة أرض، أو نحو ذلك فهل يملك مثل ذلك، أو لا يملك البيع إلا بالنقد؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الوكيل لا يملك البيع بالعرض إلا بإذن الموكل.

---

(١) المقنع ص١٢٨.

(٢) ص٤٢٧.

وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة[١]، والمالكية[٢].

والشافعية[٣]، وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة[٤].

القول الثاني: أن الوكيل يملك البيع بالعرض مطلقاً.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة[٥]، وهو احتمال[٦] في مذهب الحنابلة[٧].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن أمر الموكل للوكيل بالبيع مطلق، والمطلق يتقيد بالمتعارف؛ لأن التصرفات لدفع الحاجات، فتتقيد بمواقع الحاجة، ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم، وبشراء الأضحية بزمن الحاجة، والمتعارف هو البيع بالنقود لا بالعرض[٨].

---

(١) المبسوط ١٩/ ٣٦، بدائع الصنائع ٦/ ١٤٩، الهداية ٣/ ١٤٥، تبيين الحقائق ٤/ ٢٧٠-٢٧١، مجمع الأنهر ٢/ ٢٣٥، الاختيار ٢/ ١٦١.

(٢) المدونة ٤/ ٢٤٤، التفريع ٢/ ٣١٨، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٩٠، القوانين الفقهية ص٣٣٣، فتح العلي المالك ٢/ ٣٢٧، شرح الخرشي ٦/ ٧٢-٧٣.

(٣) الوجيز ١/ ١٩٠، تقويم النظر ٣/ ٧١٩، روضة الطالبين ٥/ ١٢٧، أسنى المطالب ٢/ ٢٦٨.

(٤) الإنصاف ٥/ ٣٧٩، الإقناع ٢/ ٢٤٠، الروض الندى ص٢٥٦، مطالب أولي النهي ٣/ ٤٥٠.

(٥) المبسوط ١٩/ ٣٦، بدائع الصنائع ٦/ ١٤٩، الهداية ٣/ ١٤٥. تبيين الحقائق ٤/ ٢٧٠.

(٦) وقيل: رواية.

(٧) المبدع ٤/ ٣٦٩، الإنصاف ٥/ ٣٧٩.

(٨) الهداية ٣/ ١٤٥-١٤٦، تبيين الحقائق ٤/ ٢٧٠-٢٧١، والاختيار ٢/ ١٦١، مجمع الأنهر ٢/ ٢٣٥، الروض الندى ص٢٥٦مطالب أولي النهى ٣/ ٤٥٠، شرحمنتهى الارادات ٢/ ٣٠٥.

٢.أن البيع بالعرض بيع من وجه وشراء من وجهٍ آخر، والموكل إنما وكل بالبيع ولم يوكل بالشراء، فلا يدخل تحت الأمر بالبيع، فلا يملكه الوكيل[١].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الوكيل مأمور بمطلق البيع، وفي بيعه بالعرض قد أتى بمطلق البيع؛ لأن البيع اسم لمبادلة مال بمال، وذلك موجود في البيع بالعرض كما يوجد في البيع بالنقود[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته كما سبق في مناقشة الدليل الأول من أدلة أصحاب القول الثاني في مسألة البيع بغير نقد البلد.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الوكيل للبيع بالعرض إلا بإذن الموكل؛ لقوة ما استدلوا به، ولما سبق في الترجيح في مطلب البيع يغير نقد البلد.

المطلب الخامس: تجزئة الوكيل ما وكِّل ببيعه

إذا وكّل شخص ببيع شيء كطن قمح، أو دار، أو سيارة أو نحو ذلك، فهل يملك تجزئة ذلك في البيع بأن بيع بعضه قبل بعض، أو لا؟

---

(١) تبيين الحقائق ٤/ ٢٧١، البحر الرائق ٧/ ١٦٧.

(٢) المرجعان السابقان، والمبسوط ١٩/ ٣٦، الاختيار ٢/ ١٦١، اللباب ٢/ ١٤٧.

وهل يختلف باختلاف المبيع، أو لا يختلف؟.

تحرير محل النزاع في ذلك:

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على أنه إن كان المبيع مما لا يتضرر الموكل الوكيل ببيعه صفقة واحدة فإن الوكيل يملك تجزئته في البيع.

كما أن الظاهر اتفاقهم على أن المبيع إذا كان مما يتضرر الموكل بتجزئته في البيع، كما إذا كان داراً، أو عبداً، أو سيارة، أو نحو ذلك، فإن الوكيل لا يملك تجزئته، ولكن إذا باع بالثمن المعين له فإنه يصح ذلك، ويلزم الموكل.

فقد قال بذلك الحنفية[1].

وهو الظاهر من قول المالكية، حيث قال ابن عبد البر: «وفعله كله محمول على النظر حتى يتبين خلاف ذلك، فإذا بان تعدية وإفساده ضمن»[2]. والتجزئة فيما لا ضرر فيه، أو فيه ضرر ولكن الجزء قد بيع بالثمن المعين فيها نظر للموكل فتصح.

وبه قال الشافعية[3]، والحنابلة[4]

الأدلة:

واستدلوا بما يلي:

أولاً: استدلوا على ملكية الوكيل للتجزئة فيما لا ضرر على الموكل

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢٧، والهداية ٣/ ١٤٦.

(٢) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٨٧.

(٣) المهذب ١/ ٢٦٠، ومغني المحتاج ٢/ ٢٣٣، تكملة المجموع ١٤/ ١٣٠.

(٤) المغني ٥/ ٢٥٢-٢٥٣، ٢٥٨، والكافي لابن قدامة ٢/ ٢٤٤.

فيه بما يلي:

أنه لا ضرر على الموكل في التجزئة في هذه الحالة، فيملكها الموكل[١].

ثانياً: واستدلوا على صحة بيع الوكيل إذا باع الجزء بالثمن المعين له بما يلي:

أن الوكيل ببيعه البعض بقيمة الكل قد زاد خيراً، وأتى بالغرض للموكل من الحصول على القيمة وزيادة ملكيته للباقي، فيصح بيعه[٢].

أن البيع بذلك مأذون فيه من جهة العرف؛ لأن من رضي بثمنٍ معينٍ للكل رضي به ثمناً للبعض فيصح[٣].

أما إذا كان المبيع مما يتضرر الموكل بتجزئته وباع الوكيل الجزء بأقل من ثمن الكل فاختلف الفقهاء في حكم بيعه على أربعة أقوال:

القول الأول: أن الوكيل لا يملك تجزئة المبيع إذا كان مما يتضرر بتجزئته الموكل، وكان المبيع بأقل من ثمن الكل.

وبهذا قال الشافعية[٤]، وبعض الحنابلة[٥].

القول الثاني: أن الوكيل يملك تجزئة ما وكل ببيعه وإن كان مما يتضرر به

---

(١) المهذب ١/ ٢٦٠.

(٢) تكملة المجموع ١٤/ ١٣٠.

(٣) المغني ٥/ ٢٥٧.

(٤) المهذب ١/ ٢٦٠، مغني المحتاج ٢/ ٢٣٣، تكملة المجموع ١٤/ ٣٠.

(٥) المغني ٥/ ٢٥٢، ٢٥٨، الإنصاف ٥/ ٣٨٥.

الموكل، وكان البيع بأقل من ثمن الكل إذا باع الباقي، وإلا لم يملكها.

وهذا هو القول الصحيح من مذهب الحنابلة[١].

القول الثالث: أن الوكيل لا يملك بيع بعض ما وكل ببيعه إذا كان مما يتضرر به الموكل، وكان البيع بأقل من ثمن الكل إلا إذا أجازه الموكل، أو باع الباقي قبل الخصومة.

وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة[٢].

القول الرابع: أن الوكيل يملك تجزئة ما وكل ببيعه وإن كان مما يتضرر به الموكل، وبأقل من ثمن الكل مطلقاً.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة[٣].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن التوكيل قد تناول جميع ما وكل ببيعه، وفي التبعيض إضرار بالموكل وتشقيص لملكه، ولم يوجد الإذن فيه نطقاً ولا عرفاً، فلم يجز، كما لو وكّله في شراء عبد فاشترى نصفه[٤].

---

(١) الإنصاف ٥/ ٣٨٤.

(٢) الهداية ٣/ ١٤٦، بدائع الصنائع ٦/ ٢٧، ٢٨، مجمع الأنهر ٢/ ٢٨٣، البحر الرائق ٧/ ١٧٠، الدر المختار ٧/ ٣٣٩.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) المهذب ١/ ٣٦٠، المغني ٥/ ٢٥٢، ٢٥٨.

٢.أن العرف في بيع العبد ونحوه مما يتضرر الموكل بتجزئته أن يعقد على جميعه، فحملت الوكالة عليه[١].

أدلة القول الثاني:

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: يمكن الاستدلال لهم على صحة البيع فيما إذا باع الوكيل الباقي بما يلي:

أن الوكيل إذا باع الباقي زال الضرر عن الموكل، فيصح.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الضرر قد يحصل بالتجزئة وليس بتأخير الجزء الآخر، فلا يزول.

ثانياً: واستدلوا على عدم الجواز إذا لم يبع الوكيل الباقي بما استدل به أصحاب القول الأول.

أدلة القول الثالث:

واستدل صاحبا هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلا على عدم الجواز مع عدم إجازة الموكل بما استدل به أصحاب القول الأول[٢].

ثانياً: واستدلا على الصحة إذا باع الوكيل الباقي قبل الخصومة بما يلي:

أن بيع البعض قد يكون وسيلة إلى الامتثال بألا يجد الوكيل من

(١) المهذب ١/ ٣٦٠.

(٢) انظره في: الهداية ٣/ ١٤٦، والبحر الرائق ٧/ ١٧٠، وتبيين الحقائق ٤/ ٢٧٢.

يشتري ما وكل ببيعه جملة، فيحتاج إلى أن يفرق، فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة، وإذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة، فلا يجوز[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه إذا لم يجد من يشتري ما وكل ببيعه جملة فإنه يستأذن الموكل في التفريق، وبهذا يندفع الضرر الحاصل به.

دليل القول الرابع:

واستدل صاحب هذا القول بما يلي:

أن لفظ الوكالة في البيع مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع، فتجوز التجزئة، كما لو وكله ببيع المكيل والموزون[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشه بأنه وإن كانت الوكالة مطلقة فإنها تتقيد بالعرف، والعرف فيما تضر تجزئته في البيع عدم التجزئة، فتحمل الوكالة عليه.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الوكيل لتجزئة ما وكل ببيعه إذا كان المبيع بأقل من ثمن الكل، فإن فعل لم يصح؛ لقوة ما استدلوا به، وأخذاً بالقاعدة المقررة في الشريعة وهي إزالة الضرر[٣].

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٣، ٨٤.

المطلب السادس: قبض الوكيل في البيع للثمن[١]

إذا وكّل شخصٌ في بيع شيء كدار، أو سيارة، أو حيوان، أو نحو ذلك فباعه فهل يملك قبض ثمنه بمقتضى التوكيل في البيع، أو لابد من إذن الموكل، أو وجود قرينة تدل عليه، أو لا يملكه مطلقاً؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أن الوكيل في البيع يملك قبض الثمن إلا أن ينهاه الموكل عنه.

وبهذا قال الحنفية[٢]، وهو الوجه الصحيح عند الشافعية[٣].

ووجه[٤] عند الحنابلة[٥].

القول الثاني: أن الوكيل في البيع لا يملك قبض الثمن إلا بإذن الموكل، أو وجود قرينة تدل عليه كالتوكيل في بيع شيء غائب عن الموكل، أو بموضع يضيع الثمن فيه إذا لم يقبضه.

وهذا وجه عند الحنابلة[٦]، وصوّبه المرداوي[٧].

---

(١) إلا أن من قال بعدم ملكية الوكيل للقبض استثنى الصرف إذا كان الموكل غائباً فقالوا يملك القبض؛ لأنه لا بّد فيه من التقابض في المجلس.

(٢) الكتاب للقدوري ٢/ ١٤١، بدائع الصنائع ٦/ ٣٣، تبيين الحقائق ٤/ ٢٥٦، الفتاوى البزازية ٥/ ٤٧٨، تكملة حاشية رد المحتار ٧/ ٢٨٩.

(٣) المهذب ١/ ٣٥٨، حلية العلماء ٥/ ١٢٥، روضة الطالبين ٤/ ٣٠٧، مغني المحتاج ٢/ ٢٢٥، أسنى المطالب ٢/ ٢٦٩.

(٤) وقيل: احتمال.

(٥) المغني ٥/ ٢١٩، الفروع ٤/ ٢٣٥٣، الإنصاف ٥/ ٣٩١.

(٦) المراجع السابقة، والمحرر ١/ ٣٤٩، المبدع ٤/ ٣٧٦، مطالب أولي النهى ٣/ ٤٧٦.

(٧) الإنصاف ٥/ ٣٩١.

القول الثالث: أن الوكيل في البيع لا يملك قبض الثمن إلا بإذنٍ صريحٍ من الموكل.

وهذا وجه عند الشافعية[١]، ووجه عند الحنابلة، وهو المذهب عندهم[٢].

القول الرابع: أنه إن كان التوكيل في البيع على سلعة معينة فله القبض، وإن كانت غير معينة، وصرح له الموكل بالإذن في القبض ملكه، وإن لم يصرح فإنه إن كان العرف أن الوكيل لا يقبض لم يملك القبض، وإن كان العرف أنه يقبض ملكه.

وبهذا قال المالكية[٣].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن الوكيل هو العاقد حقيقة؛ لأن عقده كلامه القائم بذاته حقيقة، ويستحيل أن يكون الإنسان فاعلاً بفعل غيره حقيقة، وهذه حقيقة مقررة في الشريعة الإسلامية، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَاۚ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا

---

(١) الوجيز ١/ ١٩٠، المهذب ١/ ٣٥٨، حلية العلماء ٥/ ١٢٥، روضة الطالبين ٤/ ٣٠٧.
(٢) المغني ٥/ ٢١٩، الفروع ٤/ ٣٥٣، المبدع ٤/ ٣٧٦، الإنصاف ٥/ ٣٩١.
(٣) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٨٦، مواهب الجليل ٥/ ١٩٤، شرح الخرشي ٦/ ٧٢.

ٱكْتَسَبَتْ﴾[١]، وقال -سبحانه وتعالى-: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ۝﴾[٢]، وهو العاقد حكما؛ لأنه يستغني عن إضافة العقد إلى موكله، فكانت حقوق العقد -ومنها قبض الثمن- راجعة إليه، كما لو تولى الموكل بنفسه[٣].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن هذا محل خلاف، فمن الفقهاء من يرى أنها ترجع إلى الموكل كالحنابلة، فالوكيل مجرد سفير؛ لأن الملك ينتقل مباشرة إلى الموكل، ولا يدخل المبيع في ملك الوكيل[٤].

٢. أن العرف في البيع تسليم المبيع، وقبض الثمن، فحملت الوكالة عليه[٥].

٣. أن قبض الثمن من موجب البيع وتوابعه، فملكه الوكيل فيه، كتسليم المبيع[٦].

أدلة القول الثاني:

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدمملكية الوكيل للقبض بدون إذن أو قرينة بما يلي:

---

(١) سورة البقرة الآية (٢٨٦).

(٢) سورة النجم الآية (٣٩).

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ٣٣، الهداية ٣/ ١٣٧، البحر الرائق ٧/ ١٤٧، اللباب ٢/ ١٤١.

(٤) غاية المنتهى ٢/ ١٥٤، كشاف القناع ٣/ ٤٧٢، الروض الندي ص٢٥٧.

(٥) المهذب ١/ ٣٥٨.

(٦) روضة الطالبين ٤/ ٣٠٧، أسنى المطالب ٢/ ٢٦٩، المغني ٥/ ٢١٩، المبدع ٤/ ٣٧٦.

أن الموكل لم يأذن للوكيل بالقبض، وقد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الإذن في البيع إذا كان مطلقاً يعد إذناً في قبض الثمن؛ لأنه من تمامه، والموكل إنما وكل بالبيع التام لإطلاقه التوكيل فيه.

وأما قولهم: بأنه قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن، فيقال: إنه إذا كان الأمر كذلك فإن عليه حينئذ تقييد الوكيل بذلك حتى يتقيد به ولا يقبض.

ثانياً: أما قولهم بملكية الوكيل للقبض عند وجود القرينة فيمكن الاستدلال لهم عليه بما يلي:

أن التوكيل مع وجود القرينة دليل على أن الموكل قد أذن للوكيل في القبض، فكأنه وكله في البيع وقبض الثمن معاً، فيملكه.

أدلة القول الثالث:

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

استدلوا بالإضافة إلى ما استدل به أصحاب القول الثاني على عدم ملكية الوكيل للقبض بدون إذن أو قرينة[٢] -وقد سبقت مناقشته- بما يلي:

---

(١) المغني ٥/ ٢١٩، المبدع ٤/ ٣٧٦، مطالب أولي النهى ٣/ ٤٧٦.

(٢) انظر استدلال أصحاب هذا القول به في المهذب ١/ ٣٥٨، وروضة الطالبين ٤/ ٤٠٧، ومغني المحتاج ٢/ ٢٢٥، والمغني ٥/ ٢١٩.

أن الإذن في البيع ليس إذنا في قبض الثمن من جهة النطق ولا من وجهة العرف، فلا يملكه الوكيل[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأنه لا يعد إذناً من جهة العرف، بل هو إذن من جهته؛ لأن التوكيل المطلق في البيع يقتضي في العرف البيع التام، ومن تمامه قبض الثمن.

دليل القول الرابع:

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

استدلوا على ملكية الوكيل للقبض إن كان التوكيل على بيع سلعة غير معينة بالدليل الثالث من أدلة أصحاب القول الأول وهو أن قبض الثمن من توابع البيع فيملكه الوكيل بالبيع[٢].

أما قولهم بالرجوع إلى العرف في ملكية الوكيل في بيع سلعة معينة للقبض فلم أطلع على دليلٍ لهم عليه.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية الوكيل في البيع لقبض الثمن إلا إذا أنهاه

---

(١) المهذب ١/ ٣٥٨.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٣٨١.

الموكل عن ذلك؛ لقوة ما استدلوا به، ويؤيد ذلك ما رواه عروة[(١)] البارقي ﷺ أن رسول الله ﷺ أعطاه دينارا يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه[(٢)].

حيث قبض عروة ﷺ ثمن الشاة التي باع -وهو الدينار وجاء به إلى رسول الله ﷺ مع أنه ﷺ لم يوكله إلا بالشراء، وأقرّه على ذلك، فمن باب أولى يملك ذلك إذا كان وكيلاً في البيع.

المطلب السابع: تسليم الوكيل في البيع للمبيع

تقدم في المطلب السابق رجحان القول بملكية وكيل البيع لقبض الثمن، ولكن هل يملك تسليم المبيع للمشتري بعد قبضه الثمن، أو لا يملكه؟.

---

(١) هو عروة بن الجعد، وقيل: ابن أبي الجعد البارقي، وقيل: الأزدي، وقيل إن بارقاً من أزد، وسمي البارقي، لأنه نزل عند جبل يقال له (بارق)، حضر فتوح الشام ونزلها، ثم سيّره عثمان إلى الكوفة فسكنها، وقيل: إنه كان على قضائها قبل شريح، قال شبيب بن غرقدة: رأيت في دار عروة بن الجعد سبعين فرساً مربوطة للجهاد في سبيل الله. (الطبقات الكبرى لابن سعد ٦/ ٣٤، أسد الغابة ٣/ ٤٠٣، الإصابة ٤/ ٢٣٦-٢٣٧).

(٢) رواه البخاري في كتاب بدء الخلق -باب سؤال المشركين أن يريهم النبي ﷺ آية، فأراهم انشاق القمر ٤/ ١٨٧، واللفظ له. وأبو داود في كتاب البيوع -باب في الشركة ٣/ ٢٥٦، حديث رقم ٣٣٨٤، والترمذي في كتاب البيوع -باب رقم ٣٤، ٢/ ٣٦٤-٣٦٥، الحديثان: ١٢٧٥، ١٢٧٦، وابن ماجه في كتاب الصدقات -باب الأمين يتجر فيه فيربح ٢/ ٨٠٣، حديث رقم ٢٤٠٢، والبيهقي في كتاب القراض -باب المضارب يخالف بما فيه زيادة لصاحبه، ومن يتجر في مال غيره بغير أمره ٦/ ١١١-١١٢، والدارقطني في كتاب البيوع ٣/ ١٠، الحديثان ٢٩، ٣٠، وأحمد ٤/ ٣٧٥، ٣٧٦.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن وكيل البيع يملك تسليم المبيع للمشتري بعد قبضه الثمن.

وبهذا قال الحنفية[١]، والمالكية[٢].

وهو الوجه الصحيح عند الشافعية[٣]، وبه قال الحنابلة[٤].

القول الثاني: أن وكيل البيع لا يملك تسليم المبيع للمشتري.

وهذا وجه عند الشافعية[٥].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن الوكيل هو العاقد حقيقة؛ لأن العقد يقوم بكلامه، وحكماً؛ لأنه يستغنى عن إضافة العقد إلى موكله، فكانت حقوق العقد - ومنها تسليم الثمن- راجعة إليه كما إذا تولى الموكل بنفسه[٦].

---

(١) الكتاب للقدوري ٢/ ١٤١، بدائع الصنائع ٦/ ٣٣، تبيين الحقائق ٤/ ٢٥٦، الفتاوى البزازية ٥/ ٤٧٩، تكملة حاشية رد المحتار ٧/ ٢٨٩.

(٢) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ٣/ ٣٨١.

(٣) الوجيز ١/ ١٩٠، روضة الطالبين ٤/ ٣٠٧، مغني المحتاج ٢/ ٢٢٥، نهاية المحتاج ٥/ ٣٦.

(٤) المغني ٥/ ٢١٩، المبدع ٤/ ٣٧٦، الإنصاف ٥/ ٣٩١، مطالب أولي النهى ٣/ ٤٧٧.

(٥) روضة الطالبين ٤/ ٣٠٧، مغني المحتاج ٢/ ٢٢٥، نهاية المحتاج ٥/ ٣٦.

(٦) بدائع الصنائع ٦/ ٣٣، الهداية ٣/ ١٣٧، اللباب ٢/ ١٤١.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بما سبق[1] من أن هذا موضع خلاف فمن الفقهاء من يرى أنها ترجع إلى الموكل.

٢.أن إطلاق التوكيل في البيع يقتضي تسليم المبيع؛ لأنه من تمام البيع وتوابعه[2].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن تسليم المبيع غير مأذون للوكيل فيه؛ لأن الإذن في البيع فقط، فلا يملكه[3].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الإذن في البيع إذن في التسليم؛ لأن التوكيل في البيع عند إطلاقه ينصرف إلى البيع التام، ومن تمامه تسليم المبيع للمشتري.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة-والله أعلم بالصواب-هو القول الأول القائل بملكية الوكيل في البيع لتسليم المبيع للمشتري بعدم قبض

---

(١) ص٤٥٦.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٣٨١، مغني المحتاج ٢/ ٢٢٥، نهاية المحتاج ٥/ ٣٦، المغني ٥/ ٢١٩، المبدع ٤/ ٣٧٦، مطالب أولي النهى ٣/ ٤٧٦.

(٣) مغني المحتاج ٢/ ٢٢٥، نهاية المحتاج ٥/ ٣٦.

ثمنه؛ لما استدلوا به، ولما تقدم[1] في الترجيح في مسألة قبض الوكيل في البيع للثمن من حديث عروة البارقي ﷺ حيث سلم عرة الشاة التي باعها إلى مشتريها مع أن النبي ﷺ لم يوكله إلا في الشراء، وأقرّه ﷺ على ذلك، فكذلك الوكيل في البيع من باب أولى.

المطلب الثامن: قبض وكيل الشراء للمبيع[2]

إذا وكّلَ شخصٌ في شراء شيء كدار أو سيارة، أو نحو ذلك فاشتراه فهل يملك قبضه مطلقاً، أو لابد من إذن الموكل في ذلك مع وجود القرينة الدالة على الإذن فيه؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الوكيل في الشراء يملك قبض المبيع إلا أن ينهاه الموكل عنه، وبهذا قال الحنفية[3]، والمالكية[4].

وهو الوجه الصحيح عند الشافعية[5]، ووجه[6] عند الحنابلة[7].

---

(١) ص٤٥٧-٤٥٨.

(٢) واستثنى من قال بملكية المشتري لذلك ما استثنى في البيع من مسألة الصرف إذا لم يكن الموكل حاضراً؛ لأنه لابّد فيه من التقابض في المجلس.

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ٣٣، تبيين الحقائق ٤/ ٢٥٦، الفتاوى البزازية ٥/ ٤٧٨، تكملة حاشية رد المحتار ٧/ ٢٨٩.

(٤) مواهب الجليل ٥/ ١٩٥، الشرح الكبير للدردير ٣/ ٣٨١، شرح منح الجليل ٣/ ٣٦٣.

(٥) الوجيز ١/ ١٩٠، حلية العلماء ٥/ ١٢٥-١٢٦، روضة الطالبين ٤/ ٣٠٨، مغني المحتاج ٢/ ٢٢٥، أسنى المطالب ٢/ ٢٦٩.

(٦) وقيل: احتمال.

(٧) المغني ٥/ ٢١٩-٢٢٠، الإنصاف ٥/ ٣٩١.

القول الثاني: أن الوكيل في الشراء لا يملك قبض المبيع إلا بإذن الموكل.

وهذا وجه عند الشافعية[١]، ووجه عند الحنابلة، وهو المذهب عندهم[٢].

القول الثالث: أن الوكيل في الشراء لا يملك قبض المبيع إلا بإذن الموكل، أو وجود قرينة تدل على الإذن فيه كالتوكيل في الشراء من سوق غائب عن الموكل، أو بموضع يضيع فيه المبيع إذا لم يقبضه، أو نحو ذلك.

وهذا وجه عند الحنابلة[٣].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن الوكيل هو العاقد حقيقة؛ لأن العقد يقوم بكلامه، وحكماً؛ لأنه يستغنى عن إضافة العقد إلى موكله، فكانت حقوق العقد -ومنها قبض المبيع- راجعة إليه، كما إذا تولى الموكل بنفسه[٤].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن هذا محل خلاف فمن الفقهاء من يرى أن حقوق

(١) حلية العلماء ٥/ ١٢٥-١٢٦، روضة الطالبين ٤/ ٣٠٧-٣٠٨.

(٢) المغني ٥/ ٢١٩-٢٢٠، الإنصاف ٥/ ٣٩١.

(٣) المرجعان السابقان.

(٤) بدائع الصنائع ٦/ ٣٣، الهداية ٣/ ١٣٧، البحر الرائق ٧/ ١٤٧، اللباب ٢/ ١٤١.

العقد ترجع إلى الموكل كما سبق[١].

٢. أن قبض وكيل الشراء للمبيع يعد من توابع الشراء ومقتضاته، فملكه الوكيل، كتسليم الثمن[٢].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الموكل لم يأذن للوكيل في الشراء بقبض المبيع، وقد يرضاه للشراء ولا يرضاه لقبض المبيع، فلا يملك قبضه[٣].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته كما سبق[٤] في مسألة قبض الوكيل في البيع للثمن.

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدل على أن الوكيل لا يملك القبض بدون إذن أو قرينة بما استدل به أصحاب القول الثاني، وقد سبقت مناقشته.

ثانياً: وأما قولهم بأنه يملكه -أي القبض- بأنه عند وجود القرينة فيمكن الاستدلال له بما يلي:

أن التوكيل في الشراء مع وجود القرينة على القبض دليل على

---

(١) ص٤٥٦.

(٢) روضة الطالبين ٤/ ٣٠٧-٣٠٨، مغني المحتاج ٢/ ٢٢٥، المغني ٥/ ٢١٩-٢٢٠.

(٣) روضة الطالبين ٤/ ٣٠٧-٣٠٨.

(٤) ص٤٥٧.

أن الموكل قد أذن في القبض، فكأنه قد وكل الوكيل في الشراء وقبض المبيع معاً.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية الوكيل في الشراء لقبض المبيع إلا أن ينهاه الموكل عن ذلك؛ لقوة ما استدلوا به، ويؤيد ذلك حديث عروة البارقي السابق[١]، حيث وكله النبي ﷺ بشراء شاة فاشترى شاتين وقبضهما، وأقره النبي ﷺ على ذلك، فهذا يدل على ملكيته للقبض.

المطلب التاسع: تسليم وكيل الشراء للثمن

تقدم في المطلب السابق رجحان القول بملكية وكيل الشراء لقبض المبيع، ولكن هل يملك بعد ذلك تسليم الثمن للمشترى، أو لا يملكه؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الوكيل في الشراء يملك تسليم الثمن للبائع.

وبهذا قال الحنفية[٢]، والمالكية[٣].

وهو الوجه الصحيح عند الشافعية[٤]، وبه قال الحنابلة[٥].

---

(١) ص٤٥٨.

(٢) الكتاب للقدوري ٢/ ١٤١، تبيين الحقائق ٤/ ٢٥٦، فتاوى قاضيخان ٣/ ٢٢، تكملة حاشية رد المحتار ٧/ ٢٨٩.

(٣) شرح منح الجليل ٣/ ٣٦٣.

(٤) الوجيز ١/ ١٩٠، روضة الطالبين ٤/ ٣٠٨، مغني المحتاج ٢/ ٢٢٥، أسنى المطالب ٢/ ٢٦٩.

(٥) المغني ٥/ ٢٢٠، المبدع ٤/ ٣٧٦، الروض الندي ص٢٥٧، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣١٣.

القول الثاني: أن الوكيل في الشراء لا يملك تسليم الثمن للبائع، إلا بـإذن الموكل.

وهذا وجه عند الشافعية[١].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن الوكيل هو العاقد حقيقة؛ لأن العقد يقوم بكلامه، وحكماً؛ لأنه يستغني عن إضافة العقد إلى موكله، فكانت حقوق العقد -ومنها تسليم الثمن- راجعة إليه، كما إذا تولى الموكل بنفسه[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته من أن هذا موضع خلاف كما تقدم في المطلب السابق.

٢. أن تسليم وكيل الشراء الثمن للمشتري من تتمة الشراء وحقوقه، فيملكه كتسليم المبيع في البيع[٣].

دليل القول الثاني:

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الموكل لم يأذن الوكيل الشراء بتسليم الثمن للبائع، فلا يملكه[٤].

---

(١) روضة الطالبين ٤/ ٣٠٧-٣٠٨.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٣٣، الهداية ٣/ ١٣٧، البحر الرائق ٧/ ١٤٧، اللباب ٢/ ١٤١.

(٣) المغني ٥/ ٢٢٠، المبدع ٤/ ٣٧٦-٣٧٧.

(٤) روضة الطالبين ٤/ ٣٠٨.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الإذن للوكيل بالشراء إذن له بتسليم الثمن: لأن إطلاق الشراء ينصرف إلى الشراء التام، ومن تمامه تسليم الثمن

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية وكيل الشراء لتسليم الثمن للبائع؛ لقوة ما استدلوا به، ولما سبق[1] من حديث عروة البارقي ﷺ حيث وكله النبي ﷺ في شراء شاة، فأعطاه ديناراً، فاشترى به وسلم الدينار للبائع، وأقره النبي ﷺ على ذلك، فدل على ملكيته لتسليم الثمن.

المطلب العاشر: شراء الوكيل للمعيب

إذا وكّلَ شخص في شراء شيء كدار، أو دابة، أو نحو ذلك فهل يملك شراء معيب؟ وما الحكم إذا تعدى فاشترى؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الوكيل في الشراء لا يملك شراء المعيب، فإن فعل وكان عالماً بالعيب لم يلزم الموكل إلا أن يرضى به، وإن لم يعلم صح البيع، وله رده عند العلم بالعيب.

وهذا هو الظاهر من قول أصحاب أبي حنيفة، حيث جاء في الفتاوى الهندية: «ولو وكله أن يشتري له دابة يركبها

---

(١) ص٤٥٧.

فاشترى مهرا أو عمياء أو مقطوعة اليد لم يلزم الآمر..»[1].

وبه قال الشافعية[2]، والحنابلة[3].

القول الثاني: أن الوكيل في الشراء لا يملك شراء المعيب، فإن فعل وكان العيب مضراً بحيث يرد به شرعاً فإنه يلزم الوكيل إلا أن يرضى به الموكل، وإن كان يسيراً وفيه مصلحة صح ولزم الموكل.

وبهذا قال الإمام مالك، وأصحابه[4].

القول الثالث: أن الوكيل في الشراء يملك شراء المعيب.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة[5].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية الوكيل للشراء بما يلي:

---

(١) الفتاوى الهندية ٣/ ٥٧٥.

(٢) مختصر المزني مع الأم ٨/ ٢١٠، الوجيز ١/ ١٩١، حلية العلماء ٥/ ١٣٠-١٣١، المهذب ١/ ٣٥٩، مغني المحتاج ٢/ ٢٢٥، فتح الوهاب ١/ ٢٢٠.

(٣) المغني ٥/ ٢٦٠، المحرر ١/ ٣٥٠، الفروع ٤/ ٣٥٥، المبدع ٤/ ٣٧٣، الإنصاف ٥/ ٣٨٧، الإقناع ٢/ ٢٤٢، الروض الندي ص٢٥٧.

(٤) المدونة ٤/ ٢٤٤، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٩١، مواهب الجليل ٥/ ١٩٧، فتح العلي المالك ٢/ ٣٢٧، شرح الخرشي ٦/ ٧٤.

(٥) ذكر هذا القول له القفال الشاشي في حلية العلماء ٥/ ١٣٠، ولم أطلع عليه فيما بين يديّ من كتب الحنفية.

أن إطلاق البيع يقتضي السلامة من العيب، ولذلك جاز الرد بالعيب[١].

ثانياً: واستدلوا على أن الوكيل إذا اشترى المعيب مع العلم به لم يلزم إلا برضاه بما يلي:

أن الوكيل بشرائه للمعيب مع علمه بعيبه قد اشترى غير ما أذن له الموكل فيه، فلا يلزم الموكل إلا برضاه[٢].

ثالثاً: واستدلوا على أن الوكيل إذا اشترى مع عدم علمه بالعيب صح البيع بما يلي:

أنه لا يلزم الوكيل إلا شراء الصحيح في الظاهر؛ لعجزه عن التحرز عن شراء معيب لا يعلم عيبه[٣].

رابعاً: واستدلوا على أن الوكيل يستحق الرد عند علمه بالعيب بما يلي:

١. أن الوكيل قائم مقام الموكل في الشراء، فكذلك في الرد[٤].

٢. أن العيب ظلامة حصلت بعقد الوكيل، فجاز له رفعها بالرد، كما لو اشترى لنفسه[٥].

---

(١) المهذب ١/ ٣٥٩، مغني المحتاج ٢/ ٢٢٥، فتح الوهاب ١/ ٢٢٠، المغني ٥/ ٢٦٠، كشاف القناع ٣/ ٤٧٨.

(٢) المهذب ١/ ٣٥٩، المغني ٥/ ٢٦٠.

(٣) المغني ٥/ ٢٦٠-٢٦١.

(٤) المرجع السابق، وكشاف القناع ٣/ ٤٧٨.

(٥) المهذب ١/ ٣٥٩.

٣.أنه لو لم يقل باستحقاق الوكيل للرد لكان المالك ربما لا يرضى بالمعيب، فيتعذر الرد لكونه فورياً، فيقع الشراء للوكيل، فيتضرر به[1].

أدلة القول الثاني:

وأما أصحاب القول الثاني فالظاهر أنهم يستدلون على عدم ملكية الوكيل لشراء المعيب، وأنه إن فعل وكان العيب مضراً بحيث يرد به شرعا لزم الوكيل إلا برضى الموكل بما استدل به اصحاب القول الأول على عدم ملكية الوكيل لشراء المعيب، وما استدلوا به على أنه اشتراه مع العلم به لم يلزم لموكل إلا برضاه.

وأما قولهم بصحة الشراء إذا كان العيب يسيراً وفيه مصلحة، وأنه يلزم الموكل فيمكن الاستدلال له بما يلي:

أن العيب اليسير يكثر وقوعه، ويصعب التحرز منه، فلا يؤثر خاصة إذا كان في المبيع مصلحة، فيصح ويلزم الموكل.

دليل القول الثالث:

أما صاحب القول الثالث فالظاهر أنه يستدل بما يلي:

أن الوكيل مأمور بمطلق الشراء، وفي شرائه للمعيب قد أتى بما هو مأمور به، فيصح.

حيث إنه يستدل بذلك في بيع الوكيل نسيئة، والبيع بغير نقد البلد

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ٢٢٦، إعانة الطالبين ٣/ ٩٢.

والبيع بالعرض كما سبق.

وقد سبقت مناقشة ذلك هناك.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة-والله أعلم بالصواب-هو القول بأن الوكيل لا يملك شراء المعيب، فإن فعل وكان العيب مضراً بحيث يُرَدُّ به شرعاً، وكان عالماً به لم يلزم الموكل إلا أن يرضى به، وإن لم يعلم به صح البيع، وله رده عند العلم به، وأما إذا كان العيب يسيراً وفيه مصلحة فإن الشراء يصح ويلزم الموكل، وبهذا يحصل الجمع بين القولين الأول والثاني وبين أدلتهما.

المطلب الحادي عشر: إبراء الوكيل المشتري من الثمن

إذا وكَّلَ شخصٌ في بيع شيء كأرض، أو دابة، فباعها فهل يملك إبراء المشتري من ثمنها بدون إذن الموكل، أو لابد من إذنه؟وإذا تعدى فأبرأه فهل يصح الإبراء، وماذا يلزم الوكيل؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الوكيل لا يملك إبراء المشتري من الثمن، ولا يصح إلا بإذن الموكل، وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة[1].

---

(١) المبسوط ١٩/ ٣٥، بدائع الصنائع ٦/ ٢٨، تبيين الحقائق ٤/ ٢٥٨، مجمع الضمانات ص٢٤٥، مجمع الأنهر ٢/ ٢٣٧، الفتاوى البزازية ٥/ ٤٧٥.

وهو الظاهر من قول المالكية، حيث قال ابن عبدالبر: «ولا يجوز له أن يضع من ثمن ما باعه»[١]، فالإبراء من باب أولى.

وبه قال الشافعية[٢]، والحنابلة[٣].

القول الثاني: أن الوكيل يملك إبراء المشتري من الثمن، وإن فعل صح وضمنه لموكله.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة.

قال الكاساني: «والوكيل بالبيع يملك إبراء المشتري عن الثمن، وهذا قول أبي حنيفة»[٤].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. أن الوكيل إذا أبرأ المشتري يكون قد تصرف في ملك موكله من غير إذنه؛ لأن الإذن في البيع ليس إذناً في الإبراء من الثمن، فلا ينفذ عليه، كما لو فعلها أجنبي[٥].

٢. أن الثمن في ذمة المشتري ملك للموكل، فإنه بدل ملكه؛ لأنه إنما يملك البدل بملك الأصل، فإبراء الوكيل تصرف في ملك غيره

---

(١) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٨٦.

(٢) الأم ٣/ ٢٣٧، الإقناع للماوردي ص١١٢، المهذب ١/ ٣٥٨.

(٣) المغني ٥/ ٢١٩، الإقناع للحجاوي ٢/ ٢٣٩، مطالب أولي النهى ٣/ ٤٧٦.

(٤) المرجع السابق، والمهذب ١/ ٣٥٨.

(٥) المبسوط ١٩/ ٣٥.

على خلاف ما أمربه، فلا ينفذ، كما لو قبض الثمن ثم وهبه من المشتري[١].

٣. أن الإبراء من الثمن ليس من البيع، ولا من تتمته، فلا يكون التوكيل في البيع توكيلا فيه، كالإبراء من غير ثمنه[٢].

أدلة القول الثاني:

استدل لصاحب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدل له على ملكية الوكيل للإبراء من الثمن بما يلي:

١. أن حقوق العقد راجعة إلى العاقد-وهو هنا الوكيل-، والإبراء من حقوقه، فيملكه، ودفع الضرر حاصل بتضمينه في الحال على وجه الكمال.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن هذا موضع خلاف فمن الفقهاء من يرى أن حقوق العقد ترجع إلى موكل كما سبق[٣].

٢. أن الوكيل إذا أبرأ من الثمن فقد تصرف في حق نفسه؛ لأن قبض الثمن حقه، فكان الإبراء من الثمن إبراء عن قبضه، وإذا أسقط حق القبض سقط الدين ضرورة؛ لأنه لو بقي لبقي ديناً لا يحتمل القبض أصلا، وهذا مما لا نظير له في أصول الشرع،

---

(١) المغني ٥/ ٢١٩، كشاف القناع ٣/ ٤٨٠، مطالب أولي النهى ٣/ ٤٧٦.
(٢) مجمع الأنهر ٢/ ٢٣٧.
(٣) ص٤٧٥.

ولأن دينا لا يحتمل القبض والاستيفاء بوجه لا يفيد، فيسقط ضرورة[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه وإن كان القبض حقاً للوكيل إلا أن الإبراء ليس من حقه؛ لأن الموكل إنما وكله في البيع ومن تمامه القبض، ولم يوكله في التبرع للمشتري بإبرائه من الثمن، فإذا أبرأ فقد تصرف تصرفاً لم يؤذن له فيه، فلا يصح، وفرق بين عدم قبض الثمن والابراء منه؛ لأن عدم القبض ترك للثمن في يد المشتري وامتناع عن أخذه، والإبراء إسقاط للثمن وتبرع به للمشتري.

ثانياً: واستدل له على الضمان بما يلي:

أن الوكيل وإن تصرف في حق نفسه بإبرائه للمشتري من الثمن لكنه تعدى إلى ملك غيره بالإتلاف، فيجب عليه الضمان[2].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن إبراء الوكيل للمشتري تصرف في حق نفسه بل هو تصرف في حق غيره؛ لأنه لا يملك الإبراء كما سبق، فلا يصح.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو

(١) بدائع الصنائع ٢٨/٦.

(٢) المرجع السابق.

القول الأول القائل بعدم ملكية الوكيل الإبراء المشتري من الثمن، وأنه لا يصح إلا بإذن الموكل؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن الإبراء من الثمن في الحقيقة تبرع من الوكيل للمشتري، والوكيل لا يملك التبرع من مال الموكل إلا بإذنه.

المطلب الثاني عشر: بيع الموكل بدون ثمن المثل، وشراؤه بأكثر منه

إذا وكَّلَ شخصٌ ببيع شيء فهل يملك بيعه بدون ثمن المثل، كأن وكل ببيع سيارة، وكانت قيمة مثلها خمسين ألف ريال، فباعها بأربعين ألفاً، أو وكَّلَ بشراء شيء فاشتراه بأكثر من ثمن مثله كأن، وكَّلَ بشراء سيارة فاشتراها بخمسين ألف ريال، وكانت قيمة مثلها أربعين؟.

وإذا فعل ذلك فهل يصح البيع والشراء أم لا؟ وإذا صح فهل يضمن النقص والزيادة أم لا؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الوكيل لا يملك البيع بدون ثمن المثل، فإن فعل صح وضمن النقص، ولا يملك الشراء بأكثر منه، فإن فعل صح وضمن الزيادة.

وبهذا قال الإمام أحمد في الرواية المشهورة عنه، وبها أخذ أكثر أصحابه، وهو المذهب عندهم[1].

---

(١) المغني ٥/ ٢٥٥-٢٥٦، المحرر ١/ ٣٥٠، الفروع ٤/ ٣٥٨-٣٥٩، المبدع ٤/ ٣٦٩-٣٧٠، الإنصاف ٥/ ٣٧٩، ٣٨٣، الإقناع ٢/ ٢٤٠-٢٤١.

وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية[١].

القول الثاني: أن الوكيل لا يملك البيع بدون ثمن المثل، ولا يملك الشراء بأكثر منه إذا كان مما لا يتغابن به الناس، فإن فعل لم يصح البيع والشراء، ويملك ذلك إذا كان مما يتغابن به الناس، ويصح.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة في رواية عنه، صاحباه أبو يوسف، ومحمد بن الحسن[٢].

وبه قال المالكية[٣]، والشافعية[٤]، وابن حزم[٥].

القول الثالث: أن الوكيل يملك البيع بدون ثمن المثل، ولا يملك الشراء بأكثر منه إذا كان مما لا يتغابن به الناس، ويملكه إذا كان مما يتغابن به.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة في الرواية المشهورة عنه[٦].

وهو رواية عن الإمام أحمد، وبها أخذ بعض أصحابه[٧].

---

(١) الاختيارات الفقهية ص١٤٠.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٢٧، الهداية ٣/ ١٤٥-١٤٦، تبيين الحقائق ٤/ ٢٧٠-٢٧١، مجمع الضمانات ص٢٤٩، اللباب ٢/ ١٤٧.

(٣) المدونة ٤/ ٢٤٤، التفريع ٢/ ٣١٨، الإشراف ٢/ ٢٨، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٩٠، بداية المجتهد ٢/ ٣٠٣، القوانين الفقهية ص٣٣٣.

(٤) مختصر المزني مع الأم ٨/ ٢١٠، الوجيز ١/ ١٩٠، المهذب ١/ ٣٦١، حلية العلماء ٥/ ١٣٣، تقويم النظر ٣/ ٧١٩، روضة الطالبين ٤/ ٣٠٣.

(٥) المحلى ٥/ ٢٤٥-٢٤٦.

(٦) بدائع الصنائع ٦/ ٢٧، الهداية ٣/ ١٤٥، تبيين الحقائق ٤/ ٢٧٠-٢٧١، مجمع الضمانات ص٢٤٩.

(٧) المغني ٥/ ٢٥٦، الفروع ٤/ ٣٥٨-٣٥٩، الإنصاف ٥/ ٣٧٩، ٣٨٣.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية الوكيل للبيع بدون ثمن المثل، والشراء بأكثر منه بما يلي:

أن التوكيل في البيع والشراء توكيل مطلق في عقد معاوضة فاقتضى ثمن المثل[1].

ثانياً: واستدلوا على الصحة إذا فعل الوكيل ذلك بما يلي:

أن من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه، كالمريض[2].

ثالثاً: واستدلوا على ضمان الوكيل بما يلي:

أن في تضمين الوكيل النقص في البيع جمعاً بين حظ المشتري بعدم الفسخ، وحظ البائع بوجوب التضمين، وأما الوكيل فلا يعتبر حظه؛ لأنه مفرط[3].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من الكتاب، والمعقول:

أولاً: من الكتاب:

قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿..وَلَا تَعْتَدُوٓاْ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ

(١) المغني ٥/ ٢٥٥.
(٢) المبدع ٤/ ٣٦٩.
(٣) المرجع السابق.

﴿...ٱلْمُعْتَدِينَ ۝١٩٠﴾[1].

وقال الله - سبحانه وتعالى-: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾[2].

وجه الاستدلال بهاتين الآيتين:

قال ابن حزم في وجه استدلاله بهما: «فوجب من هذا أن من أمره موكله بأن يبتاع له شيئاً بثمن مسمى أو يبيعه له بثمن مسمى فباعه أو ابتاعه بأكثر أو بأقل ولو بفلس فما زاد لم يلزم الوكيل ولم يكن البيع له أصلاً ولم ينفذ البيع؛ لأنه لم يؤمر بذلك، فلو وكله على أن يبيع له أو يبتاع له فإن ابتاع له بما يساوي أو باع بذلك لزم وإلا فهو مردود»[3].

ثانياً: ومن المعقول:

استدلوا على عدم ملكية الوكيل للبيع بدون ثمن المثل بما يلي:

١. أن الأمر المطلق يتقيد بالمتعارف؛ لأن التصرفات لدفع الحاجات، فتتقيد بمواقعها، والمتعارف هو البيع بثمن المثل، ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والأضحية ونحوها بزمن الحاجة[4].

٢. أن البيع بغبن فاحش بيع من وجه، وهبة من وجه، فلا يتناوله

---

(١) سورة البقرة الآية (١٩٠)، سورة المائدة الآية (٨٧).

(٢) سورة البقرة الآية (١٩٤).

(٣) المحلى ٨/ ٢٤٦.

(٤) الهداية ٣/ ١٤٥-١٤٦، تبيين الحقائق ٤/ ٢٧٠-٢٧١، البحر الرائق ٧/ ١٦٧، مجمع الأنهر ٢/ ٢٣٥، تقويم النظر ٣/ ٧٢٠.

مطلق اسم البيع، ولهذا لو صدر من المريض اعتبر من الثلث، فلا يملكه الوكيل[١].

٣. أن كل جهة إذا ملك بها الشراء لم يجز أن يشتري بأكثر من ثمن المثل، فإذا ملك بها البيع لم يجز أن يبيع بأقل من ثمن المثل، كالوصية[٢].

٤. أن البيع بأقل من ثمن المثل يعد محاباة، والمحاباة في معنى الهبة، بدليل اعتبارها إذا وقعت في المرض من الثلث، فلا يملكه الوكيل[٣].

واستدلوا على عدم ملكية الوكيل للشراء بأكثر من ثمن المثل بما يلي:

أن التهمة في الشراء بأكثر من ثمن المثل متحققة، فلعل الوكيل قد اشترى لنفسه[٤].

مناقشة عامة لهذه الأدلة:

يمكن مناقشتها بأنه ليس فيها ما يدل على عدم صحة البيع والشراء، بل كل ما فيها هو عدم ملكية الوكيل للبيع بأقل من ثمن المثل، ولا الشراء بأكثر منه، وهذا مما يقول به أصحاب القول الأول.

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) الإشراف ٢/ ٢٨.

(٣) المرجع السابق.

(٤) الهداية ٣/ ١٤٦، البحر الرائق ٧/ ١٦٨، مجمع الأنهر ٢/ ٢٣٧.

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية الوكيل للبيع بأقل من ثمن المثل بما يلي:

١. أن التوكيل بالبيع مطلق، فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة؛ لأن البيع هو مبادلة المال بالمال مطلقاً بقيمة، والبيع بالغبن الفاحش إذا لم يكن في لفظ الموكل ما ينفيه متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن، والتضجر من العرض، فلم يخرج عن كونه بيعاً في العرف ولا في الحقيقة، ولهذا لو حلف لا يبيع يحنث به[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بما ذكره أصحاب القول الثاني من أن المطلق يتقيد بالعرف، ولا نسلم بأن البيع بغبن فاحش متعارف عليه كما ذكروا في حال شدة الحاجة إلى الثمن والتضجر من العرض؛ لأن المقصود بالعرف ما كان متعارفاً عليه في الأحوال العادية.

٢. أن بيع الوكيل بغبنٍ فاحشٍ بيع مطلق خال عن التهمة، فيملكه الوكيل[2].

---

(١) تبيين الحقائق ٤/ ٢٧١.

(٢) الهداية ٣/ ١٤٦، مجمع الأنهر ٢/ ٢٣٥.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الإطلاق هنا إنما هو عن قيد الموكل، وليس عن قيد العرف؛ لأن قيد العرف مقصود للموكل عند الإطلاق، والعرف هنا هو ثمن المثل.

ثانياً: واستدلوا على عدم ملكية الوكيل للشراء بأكثر من ثمن المثل بما استدل به أصحاب القول الثاني على ذلك.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة- والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الوكيل للبيع بدون ثمن المثل، فإن فعل صح وضمن النقص، وعدم ملكيته للشراء بأكثر منه، فإن فعل صح وضمن الزيادة؛ لقوة ما استدلوا به، ولأنه لا ضرر على الموكل في ذلك، لأنه يلزم الوكيل ضمان النقص والزيادة، أما الوكيل فإن يلزمه الضمان، لأنه مفرط، فيلزمه ما يترتب على تفريطه.

المطلب الثالث عشر: بيع الوكيل على نفسه، وشراؤه منها

إذا وكّلَ شخصٌ في بيع شيء كدار، وهو يرغب في شرائها، أو بشراء شيء كسيارة وعنده مثلها ويرغب في بيعها، فهل يملك بيع هذه الدار على موكله، وشراء هذه السيارة من نفسه لموكله، أو لا يملك ذلك؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الوكيل لا يملك البيع على نفسه، ولا الشراء منها إلا بإذن الموكل.

وبهذا قال الحنفية[(١)]، والإمام مالك في رواية عنه[(٢)].

وبه قال بعض الشافعية[(٣)]، وهو الرواية المشهورة عن الإمام أحمد، وبها أخذ جمهور أصحابه، وهو المذهب عندهم[(٤)].

القول الثاني: أن الوكيل يملك البيع على نفسه، والشراء منها إذا لم يحاب.

وبهذا قال الإمام مالك في الرواية المشهورة عنه، وبها اخذ أصحابه[(٥)]، وبعض الشافعية[(٦)].

وهو مقتضى الرواية الثانية عن الإمام أحمد، حيث قال بملكية الوكيل للبيع من نفسه إذا زاد على مبلغ في النداء، وتولى النداء غيره[(٧)].

القول الثالث: أن الوكيل لا يملك البيع على نفسه، ولا الشراء منها مطلقاً.

---

(١) المبسوط ١٩/ ٣٣، بدائع الصنائع ٦/ ٢٨، البحر الرائق ٧/ ١٦٧، الفتاوى الهندية ٣/ ٥٨٩.

(٢) بداية المجتهد ٢/ ٣٠٣.

(٣) الوجيز ١/ ١٩٠، المهذب ١/ ٣٥٩، روضة الطالبين ٤/ ٣٠٤.

(٤) المغني ٥/ ٢٣٧، المحرر ١/ ٣٤٩، المذهب الأحمد ص١٠١، القواعد لابن رجب ص١٢٧، كافي المبتدىء ص٢٥٦، المبدع ٤/ ٣٦٧، الإنصاف ٥/ ٣٧٥.

(٥) الإشراف ٥/ ٢٧، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٩١، بداية المجتهد ٢/ ٣٠٣، القوانين الفقهية ص٣٣٣، الشرح الصغير ٢/ ١٨٥، جواهر الإكليل ٢/ ١٢٨.

(٦) روضة الطالبين ٤/ ٣٠٤.

(٧) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٣٩٨، المحرر ١/ ٣٤٩، الإفصاح ٢/ ١٢، الإنصاف ٥/ ٣٧٥.

وبهذا قال اكثر الشافعية[١].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية الوكيل للبيع والشراء من نفسه مع عدم الإذن بما يلي:

١. أن الحقوق تتعلق بالعاقد، فيؤدي بيع الوكيل من نفسه إلى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلِّماً ومستلماً، مطالِباً ومطالَباً، وهذا محال[٢].

٢. أن العرف بيع الرجل من غيره، فحملت الوكالة عليه، كما لو صرح[٣].

٣. أن الوكيل يستقصي لنفسه، وقد أخذ عليه بمقتضى عقد الوكالة أن يستقصي للموكل، فيؤدي بيعه لنفسه وشراؤه منها إلى تضاد الغرضين، والتهمة تلحق في ذلك، فلا يملكه، كما لو نهاه الوكيل[٤].

---

(١) مختصر المزني مع الأم ٨/ ٢١٠، حلية العلماء ٥/ ١٢٧، الإقناع للماوردي ص١١٢، المهذب ١/ ٣٥٩، روضة الطالبين ٤/ ٣٠٤، مغني المحتاج ٢/ ٢٢٤-٢٢٥.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٢٨.

(٣) المهذب ١/ ٣٥٩، المغني ٥/ ٢٣٨، العدة ص٢٥٤، المبدع ٤/ ٣٦٧، مطالب أولي النهى ٣/ ٤٦٣، هداية الراغب ص٣٦٥.

(٤) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٣٩٩، المغني ٥/ ٢٣٨، العدة ص٢٥٤، المبدع ٤/ ٣٦٧، مطالب أولي النهى ٣/ ٤٦٣.

٤. أن إذن الموكل يقتضي البيع ممن يستقصي في الثمن عليه، وفي البيع من نفسه لا يستقصي في الثمن، فلم يدخل في الإذن، فلا يملكه الوكيل[(١)].

٥. أن سياق التوكيل في البيع يدل على إخراج الوكيل من جملة المشترين؛ لأن الموكل جعله بائعاً، فلا يكون مشترياً[(٢)].

وكذا يقال في الشراء أيضاً.

ثانياً: واستدلوا على ملكيته لذلك مع الإذن بما يلي:

١. أن الموكل قد وكل الوكيل في التصرف لنفسه، فجاز، كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها[(٣)].

٢. أن علة المنع هي الشراء لنفسه في محل لاتفاق التهمة، لدلالتها على عدم رضا الموكل بهذا التصرف، وإخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإذنه، وقد صرح هنا بالإذن فيها، فلا تبقى دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافها[(٤)].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن الوكيل ببيعه أو شرائه امتثل أمر الموكل، وحصل غرضه،

---

(١) المهذب ١/ ٣٥٩.

(٢) العدة ص٢٥٤، المبدع ٤/ ٣٦٧.

(٣) المغني ٥/ ٢٣٩.

(٤) المرجع السابق.

فصح، كما لو كان من شخصٍ أجنبي[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الظاهر من سياق التوكيل أن غرض الموكل هو البيع والشراء من شخص أجنبي لا من الوكيل نفسه، ويؤيد ذلك العرف، فلا يكون ببيعه على نفسه أو شرائه منها قد امتثل أمر الموكل.

٢. أنه لما جاز بيع الوكيل من غيره جاز من نفسه، كالأب يجوز له أن يبيع على ولده من غيره، ويجوز من نفسه، فكذلك الوكيل[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الأب عنده من الشفقة على ابنه ما يمنعه من المحاباة، كما أن له التملك من مال ابنه، بخلاف الوكيل.

أدلة القول الثالث:

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أنه يجتمع في عقد الوكيل مع نفسه غرضان متضادان، الاستقصاء للموكل والاسترخاص لنفسه، وهما متضادان، فتمانعا[٣].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة بأنه إن عين الموكل للوكيل الثمن فباع أو اشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء، وأنه لا يراد أكثر مما قد حصل، وإن لم

---

(١) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٣٩٩.

(٢) القواعد لابن رجب ص١٢٧.

(٣) المهذب ١/ ٣٥٩، مغني المحتاج ٢/ ٢٢٥.

يعين له الثمن تقيد البيع والشراء بثمن المثل، كما لو باع أو اشترى من أجنبي[١].

٢. أن الموكل لو وكل الوكيل ليهب من نفسه لم يصح وإن انتفت التهمة، لاتحاد الموجب والقابل، فكذلك بيعه على نفسه وشراؤه منها[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بعدم صحة توكيل الموكل للوكيل ليهب من نفسه، بل يصح؛ لأن الموكل مالك للهبة بنفسه فله الإنابة فيها؛ لأن من ملك شيئاً ملك الإنابة فيه.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الوكيل للبيع على نفسه ولا الشراء منها إلا بإذن الموكل؛ لقوة ما استدلوا به، وإبعاداً للوكيل عن مواطن التهم، وإبراء للذمة، وسداً لأبواب المخاصمة والنزاع.

المطلب الرابع عشر: بيع الوكيل على من لا تقبل شهادته لهم، وشراؤه منهم

إذا وكّلَ شخصٌ ببيع شيء كدار، فرغب أحد أقاربه الذين لا تقبل شهادته لهم كابنه، أو أبيه، أو أخيه، أو أحد مماليكه في شرائها، أو وكل

(١) المغني ٥/ ٢٣٩.

(٢) مغني المحتاج ٢/ ٢٢٥.

في شراء شيء كسيارة فكان عند أحد هؤلاء سيارة يرغب في بيعها، فهل يملك البيع عليهم والشراء منهم بدون إذن الموكل، أو لابد من إذنه؟ وهل يملك ذلك من كل قريب، أو من قريبٍ دون آخر؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أن الوكيل لا يملك البيع على من لا تقبل شهادته لهم ولا الشراء منهم إلا بإذن الموكل.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة(١)، وهو وجه عند الشافعية(٢).

ووجه عند الحنابلة، وهو المذهب عندهم(٣).

القول الثاني: أن الوكيل يملك البيع على قرابته الذين لا تقبل شهادته لهم والشراء منهم إذا كان بثمن المثل، ولا يملك ذلك إذا لم يكن بثمن المثل، ولا من عبده ومكاتبه مطلقاً.

وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة(٤).

القول الثالث: أن الوكيل لا يملك البيع على محجوره من صغير وسفيه، ورقيق غير المأذون له بالتجارة، ولا الشراء منهم، ويملك

---

(١) المبسوط ١٩/ ٣٢، بدائع الصنائع ٦/ ٢٨، الهداية ٣/ ١٤٥، تبيين الحقائق ٤/ ٢٦٩-٢٧٠، مجمع الأنهر ٢/ ٢٣٥.

(٢) حلية العلماء ٥/ ١٢٧، روضة الطالبين ٤/ ٣٠٤، إعانة الطالبين ٣/ ٩١.

(٣) المغني ٥/ ٢٣٨، المبدع ٤/ ٣٦٨، الإنصاف ٥/ ٣٧٧، غاية المنتهى ٢/ ١٥٤، الروض الندي ص٢٥٦.

(٤) المبسوط ١٩/ ٣٢، بدائع الصنائع ٦/ ٢٨، تبيين الحقائق ٤/ ٢٧٠، اللباب ٢/ ١٤٧.

ذلك من غير المحجور كولده الكبير الرشيد، وعبده المأذون له بالتجارة بشرط عدم المحاباة.

وبهذا قال المالكية[١].

القول الرابع: أن الوكيل يملك البيع على من لا تقبل شهادته لهم، والشراء منهم مطلقاً.

وهذا هو الوجه الصحيح عند الشافعية[٢]، ووجه عند الحنابلة[٣].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن بيع الوكيل على من لا تقبل شهادته لهم، وشراءه منهم موضع تهمة بالميل إليهم، بدليل عدم قبول الشهادة، ومواضع التهم مستثناة من الوكالات[٤].

٢. أن بيع الوكيل على من لا تقبل شهادته له بيع من نفسه من حيث المعنى لاتصال منفعة كل واحد منهما بصاحبه، ولهذا لا تقبل

---

(١) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٣٨٧-٣٨٨، جواهر الإكليل ٢/ ١٢٨، فتح العلي المالك ٢/ ٣٢٧.

(٢) الوجيز ١/ ١٩٠، المهذب ١/ ٣٥٩، حلية العلماء ٥/ ١٢٧، روضة الطالبين ٤/ ٣٠٤، مغني المحتاج ٢/ ٢٢٥.

(٣) المبدع ٤/ ٣٦٨، الإنصاف ٥/ ٣٧٨.

(٤) الهداية ٣/ ١٤٥، البحر الرائق ٧/ ١٦٦، المهذب ١/ ٣٥٩، مغني المحتاج ٢/ ٢٢٥، المبدع ٤/ ٣٦٨، مطالب أولي النهى ٣/ ٤٦٤، هداية الراغب ص٣٦٥.

شهادته له، فلا يملكه[(١)].

دليل القول الثاني:

واستدل صاحبا هذا القول بما يلي:

أن التوكيل مطلق، ولا تهمة في بيع الوكيل على من لا تقبل شهادته لهم من قرابته، وشرائه منهم؛ لأن الأملاك متباينة والمنافع منقطعة، بخلاف العبد؛ لأن بيع الوكيل عليه بيع على نفسه، وشراءه منه شراء من نفسه؛ لأن ما في يد العبد لمولاه، كذا للمولى حق في كسب المكاتب، وينقلب حقيقة بالعجز[(٢)].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم وجود التهمة، بل هي موجودة وإن كانت الأملاك متباينة، والمنافع منقطعة، بدليل عدم قبول الشهادة، قال الزيلعي[(٣)]: «وتباين الأملاك لا يمنع الاتصال من وجهٍ آخر»[(٤)].

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الوكيل لا يملك البيع على محجوره، ولا الشراء منه؛ لأن ذلك

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢٨، الهداية ٣/ ١٤٥، تبيين الحقائق ٤/ ٢٧٠، البحر الرائق ٧/ ١٦٦.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) هو عثمان بن علي بن محجن الزيلعي، فخرالدين، أبو محمد، من أشهر فقهاء الحنفية، واشتهر بالإضافة إلى الفقه بمعرفة النحو والفرائض، قدم القاهرة سنة ٧٠٥هـ، ودرّس بها وأفتى وانتفع الناس به، له مصنفات منها: تبيين الحقائق، وشرح الجامع للشيباني، توفي سنة ٧٤٣ هـ (الجواهر المضيّة ٢/ ٥١٩-٥٢٠، الفوائد البهية ص١١٥-١١٦).

(٤) تبيين الحقائق ٤/ ٢٧٠.

كالبيع على نفسه والشراء منها، بخلاف غير المحجور فإنه يستقل بالتصرف لنفسه، فيملك البيع عليه، والشراء منه[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن المنع ليس لأجل عدم الاستقلال بالتصرف، وإنما هو للتهمة، وهي موجودة مع ذلك.

دليل القول الرابع:

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الوكيل يملك البيع على من لا تقبل شهادته لهم من ماله، والشراء منهم له، فكذلك يملك البيع عليهم من مال موكله، والشراء لهم منه، كالأجنبي[2].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه قياس مع الفارق؛ لأن في بيع الوكيل ماله على من لا تقبل شهادته لهم، والشراء لهم منه يستقصي؛ لأن المال له، بخلاف موكله فهو محل للتهمة في عدم الاستقصاء في الثمن، فلا يملكه.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الوكيل للبيع على من لا تقبل شهادته لهم، ولا الشراء منهم إلا بإذن موكله؛ لقوة ما استدلوا به، وإبعاداً للوكيل عن مواطن التهم، وإبراءاً لذمته، وسداً لأبواب النزاع والخصام.

---

(١) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٣٨٧-٣٨٨.

(٢) المهذب ١/ ٣٥٩.

المبحث الثاني
صلح الوكيل عن موكله

إذا وكَّلَ شخصٌ ببيع أو شراء فحصل خلاف بينه وبين المشتري أو البائع من جهة صفة المبيع، أو قدره، أو من جهة الثمن وصفته وقدره أو نحو ذلك، أو وكل في مخاصمة شخص في أمر مالي، فهل يملك المصالحة مع البائع أو المشتري أو الخصم بدون إذن الموكل، أو لابد من إذن الموكل؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الوكيل لا يملك الصلح عن موكله إلا بإذنه.

وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة[1].

وهو الظاهرمن قول المالكية، حيث قال ابن عبد البر:«ولا يجوز لمن التصرف إلاما ذكر له في عقد الوكالة»[2] والوكيل في البيع والشراء والخصومة ونحو ذلك لم يذكر له التصرف بالمصالحة في عقد الوكالة، فلا يجوز له بدون إذن الموكل.

وبه قال الإمام الشافعي، وأصحابه[3]، والحنابلة[4].

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢٨، والدر المختار ٧/ ٣٦١.

(٢) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٨٦.

(٣) الأم ٣/ ٢٣٧، المهذب ١/ ٣٥٨، الوجيز ١/ ١٩٢.

(٤) الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٤٣، الإقناع ٢/ ٢٣٩، مطالب أولي النهى ٣/ ٤٨٤.

القول الثاني: أن الوكيل لا يملك الصلح عن موكله إذا كان وكيلاً في الخصومة، ويملكه إذا كان وكيلاً في البيع والشراء ونحو ذلك.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة[1].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١.أن الوكيل لم يوكل في الصلح، ولم يؤذن له فيه، فلا يملكه، ولا ينفذ على موكله، كما لو فعله أجنبي[2].

٢.أن الوكيل لم يوكل في الصلح، فلا يملكه؛ لأن الوكيل بعقد لا يملك عقداً آخر[3].

أدلة القول الثاني:

استدِلّ لصاحب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدل له على عدم ملكية وكيل الخصومة للصلح بما استدل به أصحاب القول الأول.

ثانياً: واستدل له على ملكية الوكيل في البيع والشراء للصلح بما يلي:

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢٨، والدر المختار ٧/ ٣٦١.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٢٨، الأم ٣/ ٢٣٧، المهذب ١/ ٣٥٨، الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٤٣.

(٣) تكملة حاشية رد المحتار ٧/ ٣٦١.

أن الصلح مبادلة، والوكيل في البيع والشراء يملك المبادلة[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الوكيل في البيع والشراء لا يملك المبادلة المطلقة وإنما يملك المبادنة في البيع والشراء المتعارف عليهما، ولهذا كان الراجح -كما سبق- أنه لا يملك البيع بالعرض، ولا البيع بغير نقد البلد إذا لم يعينه له الموكل مع أن المبادلة حاصلة فيهما.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة-والله أعلم بالصواب-هو القول الأول القائل بعدم ملكية الوكيل للصلح عن موكله إلا بإذنه؛ لقوة ما استدلوا به، وتقيدا بمقتضى عقد الوكالة، ولأن الموكل قد يوكل في البيع والشراء والخصومة ونحو ذلك من لا يرضاه للمصالحة عنه.

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢٨.

المبحث الثالث

توكيل الوكيل غيره فيما وكِّلَ فيه

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ملكية الوكيل للتوكيل فيما وكِّلَ فيه.

المطلب الثاني: ما يشترط في وكيل الوكيل عند القائلين بملكيته لتوكيل غيره فيما وكِّلَ فيه.

المطلب الأول: ملكية الوكيل للتوكيل فيما وكِّلَ فيه

إذا وكّلَ شخصٌ في عمل شيء كبيع أو شراء أو إجارة أو خصومة أو غير ذلك فهل يملك توكيل غيره لينوب عنه في القيام بذلك بدون إذن موكّله، أو لابد من أخذ إذنه في ذلك؟.

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على ملكية الوكيل فيما وكل فيه إذا أذن له الموكل بذلك.

كما اتفقوا على عدم ملكيته للتوكيل إذا كان الموكل قد نهاه عن ذلك.

فقد قال بذلك الحنفية(١)، والمالكية(٢).

والشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

وممن نقل الإجماع على ذلك ابن المنذر(٥)، حيث قال:«وأجمعوا على أن الوكيل إذا أراد أن يوكل وقد جعل إليه الموكل ذلك في كتاب

---

(١) الهداية ٣/ ١٤٨، تبيين الحقائق ٤/ ٢٧٦.

(٢) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٨٦، القوانين الفقهية ص٣٣٤.

(٣) المهذب ١/ ٣٥٨، روضة الطالبين ٤/ ٣١٣، مغني المحتاج ٢/ ٢٢٦.

(٤) المغني ٥/ ٢١٥، العدة ص٢٥٣، المبدع ٤/ ٣٦٠.

(٥) هو محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، يكنى بأبي بكر، نزل مكة، من كبار علماء الشافعية، قال عنه الذهبي: كان غاية في معرفة الاختلاف والدليل، وكان مجتهداً لا يقلد أحداً، له مصنفات منها: الإشراف على مذاهب أهل العلم، والإجماع، وتفسير القرآن، توفي سنة ٣١٩ هـ. (طبقات الشافعية للسبكي ٢/ ١٢٦، طبقات الشافعية للإسنوي ٢/ ١٩٧، تذكرة الحفاظ ٣/ ٧٨٢-٧٨٣).

الوكالة أن له أن يوكل غيره»[١].

وابن قدامة، حيث قال:«لا يخلو التوكيل من ثلاثة أحوال: (أحدها) أن ينهى الموكل وكيله عن التوكيل فلا يجوز له بغير خلاف...(الثاني) أذن له في التوكيل فيجوز له ذلك؛ لأنه عقد أذن له فيه، فكان له فعله كالتصرف المأذون له فيه ولا نعلم في هذين خلافا»[٢].

وبهاء الدين المقدسي، حيث قال:«الوكيل لا يخلو من ثلاثة أحوال:أحدها أن ينهاه الموكل فلا يجوز له رواية واحدة، الثاني: أذن له في التوكيل فيجوز رواية واحدة؛ لأنه عقد إذن له فيه فكان له ذلك كما لو أذن له البيع، ولا نعلم في هذين خلافا»[٣].

الدليل:

استدلوا على ذلك بما يلي:

أن ما أذن للوكيل فيه جاز؛ لأنه عقد أذن له فيه، فكان له فعله، كالتصرف المأذون له فيه.

أما ما نهى عن التوكيل فيه فإنه غير داخل في المأذون، فلا يجوز، كما لو لم يوكله فيه[٤].

أما إذا كانت الوكالة مطلقة فاختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

---

(١) الإجماع ص١٦٠.
(٢) المغني ٥/ ٢١٥.
(٣) العدة ص٢٥٣.
(٤) المرجع السابق، والذي قبله، والمبدع ٤/ ٣٦٠.

القول الأول: أن الوكيل يملك التوكيل فيما وكل فيه إذا كان مما يعجز عن القيام به، أو لا يليق به مباشرته بنفسه[1]، ولا يملكه فيما سوى ذلك.

وبهذا قال المالكية[2]، والإمام الشافعي، وهو الوجه الصحيح عند أصحابه[3].

وبه قال الإمام أحمد في الرواية المشهورة عنه، وهو المذهب عند أصحابه[4].

القول الثاني: أنه الوكيل لا يملك التوكيل فيما وكل فيه إلا بإذن الموكل أو تفويض منه إلا في دفع الزكاة، أو قبض الدين إذا وكل أحداً من عياله، أو في تقدير الثمن من الموكل الأول لوكيله.

وبهذا قال الحنفية[5].

القول الثالث: أن الوكيل يملك التوكيل فيما وكل فيه مطلقاً.

---

(١) كالأعمال الدنيئة في حق أشراف الناس.

(٢) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٨٦، القوانين الفقهية ص٣٣٤، مواهب الجليل ٥/ ٢٠١-٢٠٢، الشرح الصغير ٢/ ١٨٥.

(٣) الأم ٣/ ٢٣٧، حلية العلماء ٥/ ١١٩-١٢٠، المهذب ١/ ٣٥٨، الإقناع للماوردي ص١١٢، روضة الطالبين ٤/ ٣١٣، مغني المحتاج ٢/ ٢٢٦.

(٤) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٣٩٧، المغني ٥/ ٢١٥-٢١٦، العدة ص٢٥٣، القواعد لابن رجب ص١٢٤، المحرر ١/ ٣٤٩، المبدع ٤/ ٣٦٠، الإنصاف ٥/ ٤٦٢، ٤٦٤.

(٥) المبسوط ١٩/ ٣١، الهداية ٣/ ١٤٨، المختار ٢/ ١٦٣، فتاوى قاضيخان ٣/ ٣٧٤، البحر الرائق ٧/ ١٧٥، مجمع الأنهر ٢/ ٢٤٠.

وهذا وجه عند الشافعية[١]، وبه قال الإمام أحمد في رواية عنه[٢].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية الوكيل للتوكيل فيما يليق به، ويستطيع القيام به بما يلي:

١. أن الموكل قد رضي بتصرف الوكيل، ولم يرض بتصرف غيره، ولا ضرورة، فلا يملك توكيل غيره، كالمودَع لا يودِع[٣].

٢. أن إذن الموكل للوكيل لا يتناول تصرف غيره لا من جهة النطق، ولا من جهة العرف؛ لأنه ليس في العرف أن يرضى غيره[٤].

٣. أن الموكل لم يأذن للوكيل، ولا تضمنه إذنه، فلم يملكه كما لو نهاه[٥].

٤. أن التوكيل استئمان فيما يمكنه النهوض به، فلم يكن له أن يوليه لمن لم يأمنه عليه، كالوديعة[٦].

---

(١) حلية العلماء ٥/ ١٢٠، روضة الطالبين ٤/ ٣١٣، مغني المحتاج ٢/ ٢٢٦.

(٢) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٣٩٧، العدة ص٢٥٣، المحرر ١/ ٣٤٩، المبدع ٤/ ٣٦٠، الإنصاف ٥/ ٤٦٢.

(٣) مغني المحتاج ٢/ ٢٢٦، نهاية المحتاج ٥/ ٣٨، إعانة الطالبين ٣/ ٩٢.

(٤) المهذب ١/ ٣٥٨.

(٥) المغني ٥/ ٢١٦، العدة ص٢٥٣، المبدع ٤/ ٣٦٠، مطالب أولي النهى ٣/ ٤٤٧-٤٤٨.

(٦) المراجع السابقة.

ثانياً: واستدلوا على ملكيته للتوكيل فيما لا يليق به، أو لا يستطيع القيام به بما يلي:

١. أن تفويض ما لا يليق بالموكل، أو ما لا يستطيع القيام به إنما يقصد منه الاستنابة فيه، فيصح التوكيل فيه[1].

٢. أن ما يعجز الوكيل عن القيام به قد دعت الضرورة إلى التوكيل فيه، فيصح[2].

دليل القول الثاني:

استدل على عدم ملكية الوكيل للتوكيل فيما سوى الحالات التي ذكروا إلا بإذن الموكل أو تفويضه بما يلي:

أن الموكل قد فوض إلى الوكيل التصرف دون التوكيل به؛ لأنه إنما رضي برأيه والناس يتفاوتون في الآراء، فلا يكون راضياً بغيره[3].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن هذا فيما يليق بالوكيل ويستطيع القيام به، أما ما لا يليق به، أو لا يستطيعه فإن التوكيل فيه مع العلم بذلك يعد تفويضاً للوكيل بالاستعانة بغيره على القيام به، والتوكيل فيه، فكأنه أذن للوكيل بالتوكيل، فيصح.

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ٢٢٦، نهاية المحتاج ٥/ ٣٩، أسنى المطالب ٢/ ٢٧٠.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) المبسوط ١٩/ ٣٢، الهداية ٣/ ١٤٨، تبيين الحقائق ٤/ ٢٧٦، البحر الرائق ٧/ ١٧٥، اللباب ٢/ ١٤٤.

أما الحالات التي قالوا فيها بملكية الوكيل للتوكيل فلم أطلع على دليلٍ لهم عليها.

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الوكيل يملك التصرف بنفسه، فيملكه بنائبه، كالمالك، وكما لو وكله فيما لا يتولى مثله بنفسه(١).

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة، وابن مفلح بأن القياس على المالك قياس مع الفارق، فالوكيل لا يشبه المالك؛ لأن المالك يتصرف بنفسه في ملكه كيف يشاء، بخلاف الوكيل فإنه لا يتصرف إلا في حدود ما رسمه له الموكل(٢).

أما القياس على التوكيل فيما لا يتولى مثله الوكيل بنفسه فيمكن مناقشته بأن هذا قد وجدت فيه الدلالة على الإذن في التوكيل، حيث إن الموكل يعلم عند التوكيل أن الوكيل لا يليق به أن يباشر هذا العمل بنفسه، بخلاف ما لو كان يليق به فإنه لا دلالة فيه على الإذن.

التجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الوكيل فيما وكِّلَ فيه إلا إذا كان مما

---

(١) المغني ٥/ ٢١٦، العدة ص٢٥٣، المبدع ٤/ ٣٦٠.

(٢) المغني ٥/ ٢١٦، المبدع ٤/ ٣٦٠.

يعجز عن القيام به، أو لا يليق به مباشرته بنفسه؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من الجمع بين تحقيق رغبة الموكل ومصلحة الوكيل بعدم تكليفه في القيام بما يعجز عنه أو إحراجه بعمل عمل لا يليق به.

المطلب الثاني: ما يشترط في وكيل الوكيل عند القائلين بملكيته لتوكيل غيره فيما وكل فيه

اشترط القائلون في المطلب السابق بملكية الوكيل للتوكيل فيما وكل فيه أن يكون وكيل الوكيل أمينا، إلا إذا كان بتعيين من الموكل الأول، فيملك الوكيل توكيله وإن لم يكن أميناً، فإن وكل أميناً فصار خائنا وجب عليه عزله[1].

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

أولاً: استدلوا على اشتراط الأمانة بما يلي:

١. أنه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين، فتتقيد ملكية التوكيل بما فيه الحظ والنظر، كما أن الإذن في البيع يتقيد بثمن المثل[2].

٢. أنه يشترط في وكيل الوكيل أن يكون أميناً رعاية لمصلحة الموكل[3].

---

(١) مواهب الجليل ٥/ ٢٠٢، روضة الطالبين ٤/ ٣١٤، مغني المحتاج ٢/ ٢٢٦، إعانة الطالبين ٣/ ٩٤، المغني ٥/ ٢١٦، الفروع ٤/ ٣٤٨، المبدع ٤/ ٣٦١.

(٢) المغني ٥/ ٢١٦، مطالب أولي النهى ٣/ ٤٤٨.

(٣) مغني المحتاج ٢/ ٢٢٦، أسنى المطالب ٢/ ٢٧١.

ثانياً: واستدلوا على ملكية الوكيل لتوكيل من عينه الموكل وإن لم يكن أميناً بما يلي:

أن الموكل قد قطع نظر الوكيل بتعيينه، فيصح توكيل من عين وإن لم يكن أميناً[١].

ثالثاً: واستدلوا على وجوب عزل الوكيل لوكيله إذا صار خائناً بما يلي:

أن ترك الوكيل يتصرف مع الخيانة تضييع وتفريط، والوكالة تقتضي استئمان أمين، وهذا ليس أميناً، فيجب عزله[٢].

(١) المغني ٥/ ٢١٦، المبدع ٤/ ٣٦١.

(٢) المرجعان السابقان.

المبحث الرابع

انفراد أحد الوكلاء بالتصرف إذا تعددوا

إذا وكَّلَ شخصٌ عدة أشخاص للنيابة عنه في عمل كبيع، أو شراء أو تصريف شئون مزرعة، أو مخاصمة خصم أو نحو ذلك، فهل يملك أحدهم الانفراد بالتصرف دون الآخرين بدون إذن الموكل، أو لابد من إذنه في ذلك؟ وهل يختلف باختلاف التصرفات، أو لا يختلف؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على اربعة أقوال:

القول الأول: لا يملك أحد من الوكلاء الانفراد بالتصرف إلا بإذن الموكل إلا في الخصومة.

وهذا وجه عند الشافعية[1]، وبه قال بعض الحنابلة[2].

وصوَّبه المرداوي، حيث قال بعد ذكره: «قلت: وهو الصواب»[3].

القول الثاني: لا يملك أحد من الوكلاء الانفراد بالتصرف إذا كان مما يحتاج فيه إلى الرأي كالبيع والخلع ونحوهما، ويملكه فيما لا يحتاج إلى الرأي كالطلاق والعتق على غير مال، وفيما لا يمكن الاجتماع فيه كالخصومة.

---

(١) روضة الطالبين ٤/ ٣٢١.

(٢) الفروع ٤/ ٣٥١، الإنصاف ٥/ ٣٧٥.

(٣) الإنصاف ٥/ ٣٧٥.

وبهذا قال الحنفية[١].

القول الثالث: لا يملك أحد من الوكلاء الانفراد بالتصرف مطلقاً إلا بإذن الموكل.

وهذا هو الوجه الصحيح عند الشافعية[٢]، وهو المذهب عند الحنابلة[٣].

القول الرابع: أن أحد الوكلاء يملك الانفراد بالتصرف إذا تعددوا إذا شرط له الموكل ذلك، ولا يملك الانفراد إذا شرط الموكل عدمه، أما إذا لم يحصل اشتراط فإن كانوا مرتبين ملك الانفراد، وإن لم يكونوا مرتبين لم يملكه.

وبهذا قال المالكية[٤].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية الانفراد مع عدم الإذن في غير الخصومة بما يلي:

---

(١) رؤوس المسائل ص٣٣٢، المبسوط ١٩/ ١١، ٣٢، الكتاب للقدري ٢/ ١٤٤، بدائع الصنائع ٦/ ٣٢، الهداية ٣/ ١٤٨، تبيين الحقائق ٤/ ٢٧٥.

(٢) المهذب ١/ ٣٥٨، روضة الطالبين ٤/ ٣٢١، تكملة المجموع ١٤/ ١١٣.

(٣) المغني ٥/ ٢١٤، الفروع ٤/ ٣٥١، المبدع ٤/ ٣٦٦، الإنصاف ٥/ ٣٧٤-٣٧٥، مغني ذوي الأفهام ص١٢٤.

(٤) مواهب الجليل ٥/ ٢١١، شرح الخرشي ٦/ ٨٢، حاشية الدسوقي ٣/ ٣٩٢.

أن الموكل قد رضي برأي الوكلاء جميعا، ولم يرض بتصرف أحدهم، بدليل إضافة غيره إليه، فلا يملك الانفراد بالتصرف[١].

ثانياً: واستدلوا على ملكية الانفراد عند الإذن بما يلي:

أن أحد الوكلاء يملك الانفراد بالتصرف إذا إذن له الموكل، أشبه ما لو كان منفردا[٢].

ثالثاً: واستدلوا على ملكية الانفراد في الخصومة بما يلي:

أن الموكل قد وكل حسب مقتضى العرف، والعرف في الخصومة الانفراد، فيملكه الوكيل[٣].

كما يمكن الاستدلال لهم على ذلك بما سيأتي من دليل أصحاب القول الثاني عليه.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية الانفراد فيما يحتاج فيه إلى الرأي بما يلي:

أن الموكل قد رضي برأيهم لا برأي أحدهم، والبدل وإن كان مقدراً لكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة، واختيار المشتري[٤].

---

(١) المهذب ١/ ٣٥٨، المبدع ٤/ ٣٦٦، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٠٤.

(٢) المهذب ١/ ٣٥٨، المبدع ٤/ ٣٦٦.

(٣) الفروع ٤/ ٣٥١.

(٤) بدائع الصنائع ٦/ ٣٢، الهداية ٣/ ١٤٨، تبيين الحقائق ٤/ ٢٧٥، البحر الرائق ٧/ ١٧٣.

ثانياً: واستدلوا على ملكية الانفراد فيما لا يحتاج فيه إلى الرأي بما يلي:

أن التصرفات التي لا تحتاج إلى الـرأي يعد إضافة التوكيل إلى الوكلاء فيها تفويضاً للتصرف إلى كل واحد منهم بانفراده، فيملك الانفراد بالتصرف[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بذلك؛ لأن الإضافة إلى الوكلاء جميعاً دليل على عدم رضا الموكل بانفراد أحدهم، واجتماعهم ممكن، فلا يملك أحد منهم الانفراد؛ لعدم رضا الموكل بذلك.

ثالثاً: واستدلوا على ملكية الانفراد فيما لا يملك الاجتماع فيه كالخصومة، بما يلي:

أن الاجتماع فيها متعذر، للإفضاء إلى الشغب في مجلس القضاء، والرأي يحتاج إليه سابقاً، لتقويم الخصومة، ولا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة[2].

أدلة القول الثالث:

وأما أصحاب القول الثالث فيستدلون بما استدل به أصحاب القول الأول على عدم ملكية الانفراد مع عدم الإذن في غير الخصومة، وعلى ملكية الانفراد مع الإذن.

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٣٢.

(٢) الهداية ٣/ ١٤٨، تبيين الحقائق ٤/ ٢٧٥.

أدلة القول الرابع:

وأما أصحاب القول الرابع فالظاهر أنهم يستدلون على عدم ملكية الانفراد عند عدم الاشتراط بما استدل به أصحاب القول الأول على عدم ملكية الانفراد مع عدم الإذن في غير الخصومة.

وأما قولهم بملكية الانفراد عند اشتراط الانفراد، وعدم ملكيته عند اشتراط عدمه فالظاهر أنهم يستدلون عليه بعموم ما رواه أبو هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحلَّ حراماً أو حرّم حلالاً»[1].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول بعدم ملكية أحد الوكلاء الانفراد بالتصرف إذا تعددوا إلا بإذن الموكل سواء أكان هذا الإذن باشتراط أم بدونه، إلا في الخصومة؛ لما سبق من الأدلة من خلال الكلام على المسألة، ولما في ذلك من مراعاة مقصود الموكل في تعديد الوكلاء، ومراعاة لحقوق الوكلاء الآخرين بالمشاركة في التصرف.

---

(١) سبق تخريجه ص٢٧١.

المبحث الخامس
تصرفات الوكيل بعد عزله

إذا وكَّلَ شخصٌ شخصاً في عمل شيء، كأن وكَّله في بيع داره، أو شراء أرض له أو نحو ذلك، ثم عزله عن ذلك لسبب من الأسباب، فهل ينعزل بمجرد العزل، وإن لم يعلم به فلا تصح تصرفاته بعده، أو لابُدَّ من علمه به فتصح تصرفاته قبل علمه؟.

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن الوكيل ينعزل من الوكالة إذا عزله الموكِّل وعلم بالعزل، ولا تصح تصرفاته بعد ذلك.

فقد قال بذلك الحنفية[(١)]، والمالكية[(٢)].

والشافعية[(٣)]، والحنابلة[(٤)].

وقد نقل هذا الاتفاق ابن هبيرة[(٥)] حيث قال: «واتفقوا على أنه إذا عزل الموكل الوكيل وعلم بذلك انعزل»[(٦)].

---

(١) الهداية ٣/ ١٥٣، تبيين الحقائق ٤/ ٢٨٦-٢٨٧، اللباب ٢/ ١٤٥.

(٢) الإشراف ٢/ ٢٩، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٨٨.

(٣) روضة الطالبين ٤/ ٣٣٠، مغني المحتاج ٢/ ٢٣٢.

(٤) المغني ٥/ ٢٤٢، المبدع ٤/ ٣٦٥.

(٥) هو يحيى بن محمّد بن هبيرة الشيباني، الحنبلي، عون الدين، أبو المظفر، ولد سنة ٤٩٩ هـ وتفقّه على أبي الحسين الفراء، والدينوري، وغيرهما، وتولى الوزارة للسلطان المقتفي لأمر الله، وكان عالماً فاضلاً، عابداً عاملاً، ذا رأي صائب وسريرة صالحة، صنف مصنفات منها: الإفصاح عن معاني الصحاح، والعبادات الخمس، والمقتصد في النحو، وتوفي سنة ٥٦٠ هـ. (الذيل على طبقات الحنابلة ١/ ٢٥١-٢٨٩، المقصد الأرشد ٣/ ١٠٥-١١٠، شذرات الذهب ٤/ ١٩١-١٩٧).

(٦) الإفصاح ٢/ ١٠.

كما نقل الاتفاق على ذلك ابن قدامة حيث قال: «وجملته أن الوكالة عقد جائز من الطرفين فللموكل عزل وكيله متى شاء، ولا خلاف في هذا كله فيما نعلم فمتى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل إذا علم بذلك»[(١)].

وابن مفلح، حيث قال: «لا خلاف أن الوكيل إذا علم بموت الموكل أو عزله أن تصرفه باطل»[(٢)].

أما إذا لم يعلم الوكيل بالعزل فاختلفوا في انعزاله وحكم تصرفه على قولين:

القول الأول: أن الوكيل لا ينعزل حتى يعلم بالعزل، فتصح تصرفاته بعد العزل وقبل علمه به.

وبهذا قال الحنفية[(٣)] والإمام مالك في رواية عنه، وبها أخذ بعض أصحابه[(٤)].

وهو قول عند الشافعية[(٥)]، ورواية عن الإمام أحمد، وبها أخذ بعض أصحابه[(٦)].

---

(١) المغني ٥/ ٢٤٢.

(٢) المبدع ٤/ ٣٦٥.

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ٣٧، الهداية ٣/ ١٥٣، تبيين الحقائق ٤/ ٢٨٧، مجمع الأنهر ٢/ ٢٤٧، اللباب ٢/ ١٤٥.

(٤) الإشراف ٢/ ٢٩، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٨٨، جواهر الإكليل ٢/ ١٣٢، شرح منح الجليل ٣/ ٣٩٠-٣٩١.

(٥) المهذب ١/ ٣٦٤، روضة الطالبين ٤/ ٣٣٠، مغني المحتاج ٢/ ٢٣٢.

(٦) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٣٩٥، المغني ٥/ ٢٤٢، المبدع ٤/ ٣٦٥، الإنصاف ٥/ ٣٧٢-٣٧٣.

وصوَّبها المرداوي[1].

القول الثاني: أن الوكيل ينعزل بعزل الموكل له ولو لم يعلم، فلا تصح تصرفاته بعد العزل وقبل علمه به، وبهذا قال الإمام مالك في رواية عنه، وبها أخذ بعض أصحابه[2].

وهو القول الأظهر عند الشافعية[3]، ورواية عن الإمام أحمد، وبها أخذ أكثر أصحابه، وهو المذهب عندهم[4].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من الكتاب، والمعقول:

أولاً: من الكتاب:

قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمۡرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِۖ...﴾[5].

وهذه الآية واضحة الدلالة.

ثانياً: من المعقول:

١. أن العزل نهى عن التصرف بعد تقدم الإذن، والأوامر والنواهي

(١) الإنصاف ٥/ ٣٧٢-٣٧٣.

(٢) الإشراف ٢/ ٢٩، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٨٨، شرح منح الجليل ٣/ ٣٩٠-٣٩١.

(٣) الوجيز ١/ ١٩٣، المهذب ١/ ٣٦٤، روضة الطالبين ٤/ ٣٣٠، مغني المحتاج ٢/ ٢٣٢، أسنى المطالب ٢/ ٢٧٨.

(٤) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٣٩٥، المغني ٥/ ٢٤٢، المبدع ٤/ ٣٦٥، الإنصاف ٥/ ٣٧٢.

(٥) سورة البقرة الآية (٢٧٥).

والنواهي لا تثبت أحكامها إلا بعد العلم بها، وذلك بدلالة أوامر الله ونواهيه لا يثبت حكمها إلى بعد العلم، والأصل في ذلك قصة أهل قباء لما نسخت القبلة وهم في الصلاة واستداروا، ولم يبتدئوا الصلاة من أولها[1][2].

٢. أن في انعزال الوكيل بغير علمه إضرار به؛ لأنه ربما يتصرف على أنه وكيل فتقع تصرفاته باطلة، وربما باع الجارية فيطؤها المشتري، أو الطعام فيأكله، أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري، ويجب ضمانه، ويتضرر المشتري والوكيل[3].

٣. أن الوكيل يتصرف بأمر الموكل، ولا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه، كالفسخ[4].

٤. أن الوكالة معاملة تمت بالموكل والوكيل، فلم تنفسخ بأحدهما، كالبيع لا ينفسخ بإقالة أحدهما للآخر بغير علمه[5].

٥. أن الوكيل لا ينعزل قبل عمله اعتماداً على أن الحكم لا يثبت في

---

(١) رواها البخاري في كتاب الصلاة -باب التوجه نحو القبلة حيث كان ١/ ١٠٤. ومسلم في كتاب المساجد -باب تحويل القبلة ١/ ٣٧٤-٣٧٥، الأحاديث ٥٢٥-٥٢٧. وأبو داود في كتاب الصلاب -باب من صلى لغير القبلة ثم علم ١/ ٢٧٤، الحديث رقم ١٠٤٥، وابن ماجه في كتاب إقامة الصلاة -باب القبلة ١/ ٣٢٢-٣٢٣، الحديث رقم ١٠١٠.

(٢) تبيين الحقائق ٤/ ٣٨٧، المهذب ١/ ٣٦٤، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٣٩٥.

(٣) الهداية ٣/ ١٥٣، تبيين الحقائق ٤/ ٢٨٧، مجمع الأنهر ٢/ ٢٤٧، المغني ٥/ ٢٤٣.

(٤) بدائع الصنائع ٦/ ٣٧، المغني ٥/ ٢٤٣.

(٥) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٣٩٥.

حقه قبل العلم، كالأحكام المبتدأة[١].

٦.أن الوكيل لا ينعزل قبل علمه قياساً على القاضي[٢].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشة الشربيني، والرملي بأنه قياس مع الفارق؛ لأن عمل القاضي تتعلق به المصالح الكلية، فلو انعزل قبل الخبر عظم ضرر الناس بنقض الأحكام، وفساد الأنكحة، بخلاف الوكيل[٣].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١.أن عزل الوكيل رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه، فلا يفتقر إلى علمه قياسا على الطلاق، والعتاق[٤].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشة الزيلعي بأنه قياس مع الفارق ؛ لأنه لا يترتب على الزوجة في الطلاق، ولا على الرقيق من العتاق ضرر كما يترتب على الوكيل في الوكالة، فإنه يترتب عليه ضرر كثير[٥].

٢.أن الوكيل ينعزل بعزل الموكل له وإن لم يعلم قياساً على ما لو

---

(١) المبدع ٤/ ٣٦٥-٣٦٦.

(٢) مغني المحتاج ٢/ ٢٣٢، نهاية المحتاج ٥/ ٥٣.

(٣) المرجعان السابقان.

(٤) الإشراف ٢/ ٢٩، المهذب ١/ ٣٦٤، مغني المحتاج ٢/ ٢٣٢، أسنى المطالب ٢/ ٢٧٨، الروايتين والوجهين ١/ ٣٩٥، المغني ٥/ ٢٤٣.

(٥) تبيين الحقائق ٤/ ٢٨٧.

جُنَّ والموكل غائب[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه قياس مع الفارق؛ لأن المجنون فاقد لعقله فلا يحسن التصرف بالكلية، بخلاف المعزول من قبل الموكل فهو عاقل محسن للتصرف، فلا يصح القياس.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم انعزال الوكيل حتى يعلم بالعزل، فتصح تصرفاته بعد العزل وقبل علمه به؛ لقوة ما استدلوا به، وتمشياً مع ما تهدف إليه شريعتنا السمحة من دفع الضرر، ولأن القول بانعزاله مع عدم العلم ومن ثم لا تصح تصرفاته يؤدي إلى زعزعة ثقة الناس بالعقد مع الوكيل؛ لأنهم سيضعون في حسبانهم عند العقد احتمال عزل الموكل له، ومن ثم عدم استفادتهم من هذا العقد.

---

(١) أسنى المطالب ٢/ ٢٧٨.

المبحث السادس

تلف الموكّل عليه تحت يد الوكيل، وضمانه

إذا وكّلَ شخصٌ على عين من الأعيان كسيارة، أو حيوان للتصرف فيه إما ببيع، أو إجارة، أو غير ذلك فتلفت هذه العين تحت يده إما بسبب تصرفه فيها، أو بغير سببه، فهل يضمن مطلقاً، أو لا يضمن إلا بتعدٍ أو تفريطٍ؟.

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن يد الوكيل على ما وكّل عليه يد أمانة، فلا يضمنه إذا تلف تحت يده إلا إذا كان بتعدٍ بتصرف لا يملكه، من التصرفات السابقة أو غيرها، أو تفريط في حفظه.

فقد قال بذلك الحنفية[1]، والمالكية[2].

والشافعية[3]، والحنابلة[4].

وقد رمز ابن عبد الهادي[5] في مغني ذوي الأفهام إلى الإجماع على ذلك[6].

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٣٤، مجمع الضمانات ص٢٥١.

(٢) التفريع ٢/ ٣١٦، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٧٨٩، بداية المجتهد ٢/ ٣٠٣.

(٣) الوجيز ١/ ١٩٢، المهذب ١/ ٣٦٤، روضة الطالبين ٤/ ٣٢٥، مغني المحتاج ٢/ ٢٣٠، فتح الجواد ١/ ٥٢٢.

(٤) المذهب الأحمد ص١٠٢، الشرح الكبير لابن قدامة ٥/ ٢٤٧، المبدع ٤/ ٣٨١، الإنصاف ٥/ ٣٩٦.

(٥) يوسف بن الحسن بن أحمد بن حسن بن أحمد بن عبدالهادي، جمال الدين، أبو المحاسن، الحنبلي، أخذ عن الصفدي، وزين الدين الحبّال، قال عنه ابن العماد: «كان إماماً علامة يغلب عليه الحديث والفقه..» له مؤلفات منها: مغني ذوي الأفهام، والدّر النقي، والجوهر المنضّد، توفي سنة ٩٠٩ هـ. (شذرات الذهب ٨/ ٤٣، النعت الأكمل ص٦٧، مختصر طبقات الحنابلة ص٧٤).

(٦) مغني ذوي الأفهام ص١٢٦.

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

١. أن يد الوكيل يد نيابة عن الموكل، فهو بمنزلة المودَع، فضمن بما يضمن في الودائع ويبرأ بما فيها، والمودَع لا يضمن إلا بتعدٍ أو تفريطٍ[1].

٢. أن الوكيل نائب عن الموكل في اليد والتصرف، فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد الموكل، فلم يضمن بغير تعدٍ أو تفريطٍ[2].

٣. أن عقد الوكالة عقد إرفاق ومعونة، والضمان المطلق مناف لذلك ومنفرد عنه، فلا يضمن الوكيل ما تلف في يده بلا تعد أو تفريط[3].

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٣٤.

(٢) المهذب ١/ ٣٦٤، مغني المحتاج ٢/ ٢٣٠، أسنى المطالب ٢/ ٢٧٦، إعانة الطالبين ٣/ ٩٥، المبدع ٤/ ٣٨١، مطالب أولي النهى ٣/ ٤٨٠، هداية الراغب ص٣٦٧.

(٣) مغني المحتاج ٢/ ٢٣٠، أسنى المطالب ٢/ ٢٧٦، فتح الجواد ١/ ٥٢٢.

الفصل الثاني

تصرفات المستعير في العين المستعارة[1]

وفيه تمهيد، وسبعة مباحث:

التمهيد: وفيه الكلام على خلاف الفقهاء في منافع العارية هل هي مملوكة للمستعير، أو مباحة له؟.

المبحث الأول: رهن المستعير للعارية.

المبحث الثاني: استيفاء المستعير المنفعة بوكيله.

المبحث الثالث: إجارة المستعير للعارية.

المبحث الرابع: إعارة المستعير للعارية.

المبحث الخامس: إيداع المستعير للعارية.

المبحث السادس: استيفاء المستعير أكثر من المنفعة المعقود عليها.

المبحث السابع: تلف العارية تحت يد المستعير، وضمانه.

---

(١) سبق تعريف العارية في اللغة والشرع ص١١٦.

التمهيد

خلاف الفقهاء في منافع العارية هل هي مملوكة للمستعير، أو مباحة له؟.

لابُد للكلام على تصرفات المستعير من التمهيد لذلك ببيان خلاف الفقهاء في منافع العين المستعارة هل تعد مملوكة له، أو مباحة له فقط؟لأنه ينبني على ذلك اختلاف في التصرفات كما سيأتي في ثمرة الخلاف -إن شاء الله-.

ولعل من المناسب قبل ذلك بيان المراد بكل من ملكية المنفعة وملكية الانتفاع والفرق بينهما، وهو مابينه القرافي في الفرق الثلاثين حيث قال: «فتمليك الانتفاع نريد به أن يباشر هو بنفسه فقط، وتمليك المنفعة هو أعم وأشمل، فيباشر بنفسه ويمكّن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة وبغير عوض كالعارية، مثال الأول سكنى المدارس والرباط والمجالس في الجوامع والمساجد والأسواق... فله أن ينتفع بنفسه فقط ولو حاول أن يؤجر بيت المدرسة أو يسكن غيره أو يعاوض عليه بطريق من المعاوضة امتنع ذلك، وكذلك بقية النظائر المذكورة معه، وأما مالك المنفعة فكمن استأجر دارا أو استعارها فله أن يؤجرها من غيره أو يسكنها بغير عوض ويتصرف في هذه المنفعة تصرف المُلاك في أملاكهم على جري العادة على الوجه الذي ملكه...»[1] وبعد أن تبين الفرق في ذلك انتقل إلى خلاف الفقهاء فيه، وهو كما يلي:

---

(١) الفروق ١/ ١٨٧.

اختلف الفقهاء فيه على قولين:

القول الأول: أن منافع العارية ليست مملوكة للمستعير، بل هي مباحة.

وبهذا قال الكرخي[1] من الحنفية[2]، والشافعية[3].

وهو الوجه الصحيح عند الحنابلة[4]، وبه قال ابن حزم[5].

القول الثاني: أن منافع العارية مملوكة للمستعير.

وبه قال من سوى الكرخي من الحنفية[6]، والمالكية[7].

وهو وجه عند الحنابلة[8]، حيث قال بعضهم بأنها هبة للمنفعة، والهبة تمليك.

---

(١) هو عبدالله بن الحسين بن دلاّل الكرخي، يكنى بأبي الحسن، ولد سنة ٢٦٠، وكان كثير الصوم والصلاة، صبوراً على الفقر والحاجة، وكان يهجر من يتولى القضاء من أصحابه، وانتهت إليه رئاسة الحنفية في وقته، وأخذ عنه أبو بكر الرازي، والدامغاني، والشاشي، وغيرهم، له مصنفات منها: شرح الجامع الصغير، وشرح الجامع الكبير، ورسالة في الأصول، توفي سنة ٣٤٠ هـ. (الجواهر المضية ٢/ ٤٩٣-٤٩٤، الفوائد البهية ص١٠٨-١٠٩).

(٢) المبسوط ١١/ ١٣٣، الهداية ٣/ ٢٢٠، تبيين الحقائق ٥/ ٨٣، مجمع الأنهر ٢/ ٣٤٦، الاختيار ٣/ ٥٥.

(٣) مغني المحتاج ٢/ ٢٦٣، فتح الوهاب ١/ ٢٢٨، فتح الجواد ١/ ٥٤٢.

(٤) المغني ٥/ ٣٥٤، المبدع ٥/ ١٣٧، الإنصاف ٦/ ١٠١، تصحيح الفروع ٤/ ٤٧٥، الإقناع ٢/ ٣٣١.

(٥) المحلى ٩/ ١٦٨.

(٦) المبسوط ١١/ ١٣٣، الكتاب للقدوري ٢/ ٢٠١، بدائع الصنائع ٦/ ٢١٤، الهداية ٣/ ٢٢٠، فتاوى قاضيخان ٣/ ٣٨٢، البحر الرائق ٧/ ٢٨٠.

(٧) الفروق ١/ ١٨٧، القوانين الفقهية ص٣٧٨، مواهب الجليل ٥/ ٢٦٨، شرح الخرشي ٣/ ١٢٠-١٢١، الفواكه الدواني ٢/ ٢٣٤.

(٨) المقنع ص١٤٤، المذهب الأحمد ص١١٧، الإنصاف ٦/ ١٠١.

قال المرداوي عن قول ابن قدامة: «وهي هبة منفعة»[(١)] «هذا أحد الوجهين...

وقال[(٢)]: الفرق بين القولين: أن الهبة تمليك يستفيد به التصرف في الشيء كما يستفيده بعقد المعاوضة»[(٣)].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن الإجماع قد انعقد على جواز عقد العارية من غير أجل، ولو كانت تفيد التمليك لما جازت من غير أجل، كالإجارة[(٤)].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه الكاساني، والزيلعي، وابن نجيم[(٥)] بأن العارية إنما صحت من غير أجل لأن بيان الأجل للتحرز عن الجهالة المفضية إلى المنازعة،

---

(١) المقنع ص١٤٤.

(٢) يعني بذلك الحارثي مسعود بن أحمد بن مسعود وستأتي ترجمته ص٨٦٣ -إن شاء الله تعالى-.

(٣) الإنصاف ٦/ ١٠١.

(٤) بدائع الصنائع ٦/ ٢١٤، تبيين الحقائق ٥/ ٨٣.

(٥) هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المشهور بابن نجيم، وسماه صاحب التعليقات السنية زين العابدين، وهو مصري، يعد من كبار فقهاء الحنفية المتأخرين، تتلمذ على أمين الدين ابن عبدالعال وأجازه في الإفتاء والتدريس، وقال عنه عبدالوهاب الشعراني: صحبته عشرين سنة فما رأيت عليه شيئاً يشينه، له مؤلفات منها: البحر الرائق، الرسائل الزينية، الفتاوي الزينية، توفي سنة ٩٧٠ هـ. (التعليقات السنية على الفوائد البهية ص١٣٤-١٣٥، شذرات الذهب ٨/ ٣٥٨).

والجهالة في باب العارية لا تقضي إلى ذلك؛ لأنها عقد جائز[1].

٢. أن القياس يأبى تمليك المنفعة في العارية؛ لأنها بيع معدوم، لانعدام المنفعة حال العقد، والمعدوم لا يحتمل البيع؛ لأنه بيع ما ليس عند الإنسان، وقد نهى رسول الله ﷺ عنه كما في حديث عبد الله بن عمر بن العاص ﷺ: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم تضمن، ولا بيع ما ليس عندك»[2]، إلا أنها جعلت موجودة عند العقد في الإجارة حكماً للضرورة، ولا ضرورة إلى الإعارة، فبقيت المنافع فيها على أصل العدم[3].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه الكاساني بأنه صحيح أن المنافع منعدمة عند العقد، ولكن هذا لا يمنع جواز العقد، كما في الإجارة؛ لأن العقد الوارد على المنفعة عندنا عقد مضاف إلى حين وجود المنفعة، فلا ينعقد في حق الحكم إلا عند وجود النفعة عندنا فهو عقد مضاف إلى حين وجود المنفعة، فلا ينعقد، فلم يكن بيع معدوم، ولا بيع ما ليس عند الإنسان[4].

٣. أن المستعير لا يملك إجارة العارية، ولو ثبت الملك له في المنفعة لملك ذلك، كالمستأجر[5].

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢١٥، تبيين الحقائق ٥/ ٨٣، البحر الرائق ٧/ ٢٨٠.

(٢) سبق تخريجه ص١٦٣.

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ٢١٤.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق، وتبيين الحقائق ٥/ ٨٣.

٤. أن المعير يملك نهى المستعير عن الاستعمال، ولو كانت العارية تمليكا لما ملك ذلك، كالمؤجر لا يملك نهي المستأجر عن الانتفاع[١].

٥. أن العارية تنعقد بلفظ الإباحة، وذلك بأن يقول المعير: أبحت لك ركوب هذه الدابة، ولو كانت تمليكاً لما انعقدت بذلك؛ لأن التمليك لا ينعقد بلفظ الإباحة[٢].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن العارية مأخوذة من العرية، وهي العطية، وهي إنما تكون تمليكاً[٣].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشة بأنه مختلف في اشتقاقها، فقيل: مأخوذة من عار الشيء يعير إذا ذهب وجاء، وقيل: مشتقة من التعاور، من قولهم: اعتوروا الشيء، وتعاوروه إذا تداولوه بينهم[٤].

وليس في هذين القولين ما يدل على التمليك.

٢. أن المعير بإعارته قد سلط المستعير على تحصيل المنافع، وصرفها

---

(١) تبيين الحقائق ٥/ ٨٣.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المبسوط ١١/ ١٣٣، تبيين الحقائق ٥/ ٨٣.

(٤) طلبة الطلبة ص٢٠٣، تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٠٨، ٢٠٩، المطلع ص٢٧٢.

إلى نفسه على وجهٍ زالت يده عنها، والتسليط على هذا الوجه يكون تمليكاً لا إباحة، كما في الأعيان[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بزوال يد المعير عن العارية بالإعارة، بل هي لا تزال تحت يده في الحقيقة، بدليل أنه يملك استردادها من المستعير في أي وقت يشاء فيما لا يترتب عليه ضرر، ولو كانت يده زائلة عنها لما ملك ذلك إلا برضى المستعير.

٣. أن للمستعير أن يعير ما استعاره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل، ولو كانت العارية إباحة لما ملك ذلك؛ لأن المباح له لا يملك الإباحة لغيره[2].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بملكية المستعير للإعارة، بل الذي يظهر رجحانه كما سيأتي في بابه -إن شاء الله- أنه لا يملك الإعارة إلا بإذن المعير.

الترجيح:

بعد إمعان النظر في هذه المسألة اتضح أن أكثر الأدلة فيها لم تسلم من ورود بعض المناقشات عليها، ومع ذلك فالذي يظهر رجحانه فيها -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن منافع العارية ليست

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢١٤.

(٢) البحر الرائق ٧/ ٢٨٠، حاشية رد المحتار ٥/ ٦٧٧.

مملوكة للمستعير، بل هي مباحة له؛ لسلامة بعض أدلتهم من المناقشة، ولأن القول بملكيتها يعارض حكماً مجمعاً عليه من أحكام العارية وهو جواز الرجوع فيها إلا فيما يترتب عليه ضرر.

ثمرة الخلاف في هذه المسالة:

تظهر ثمرة الخلاف في هذه المسألة في أن من قال بأنها تفيد تمليك المنافع قال بملكية المستعير تمليكها لغيره بإعارة مماثلة، أو إجارة[(١)]؛ لأن من ملك شيئاً ملك تمليكه لغيره.

وأما من قال بأنها تفيد إباحة الانتفاع دون ملك المنفعة فهو يقصر الانتفاع بالعارية على المستعير أو وكيله، ولا يجيز تمليكها لغيره بإعارة، أو إجارة؛ لعدم الملك.

وسيتضح ذلك جلياً في المباحث القادمة -إن شاء الله تعالى-.

---

(١) باستثناء الحنفية فقد منعوا الإجارة كما سيأتي -إن شاء الله تعالى-.

المبحث الأول

رهن المستعير للعارية

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: رهن المستعير للعارية إذا استعارها لذلك.

المطلب الثاني: رهن المستعير للعارية إذا لم يستعرها لذلك.

المطلب الأول: رهن المستعير للعارية إذا استعارها لذلك

إذا استدان شخص ديناً فطلب منه الدائن رهناً، فلم يجد عنده ما يرهنه، فاستعار من شخص آخر عيناً كدابة أو سيارة، أو دار ليرهنها، فهل يجوز له ذلك، أو لا يجوز؟.

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على جواز رهن العارية إذا استعارها لذلك، في وقت معلوم، بحسب ما أَذِنَ له.

فقد قال بذلك، الحنفية [1]، والمالكية[2].

والشافعية [3]، والحنابلة[4].

وقد نقل ابن المنذر الإجماع على ذلك، حيث قال: «وأجمعوا على أن الرجل إذا استعار من الرجل الشيء، يرهنه على دنانير معلومة، عند رجل سمى له، إلى وقت معلوم، فرهن ذلك على ما أذن له فيه، أن ذلك جائز»[5].

وابن مفلح، حيث قال: «إذا استعار شيئاً ليرهنه جاز إجماعاً»[6].

---

(١) تحفة الفقهاء ٣/ ٤٦، الهداية ٤/ ١٤٩، لسان الحكام ص٣٧٧.

(٢) المدونة ٥/ ٣٢٨، الشرح الكبير للدردير ٣/ ٢٣٨-٢٣٩، جواهر الإكليل ٢/ ٧٩، شرح الخرشي ٥/ ٢٤٢.

(٣) الأم ٣/ ١٩٧، روضة الطالبين ٤/ ٥٠، مغني المحتاج ٢/ ١٢٥.

(٤) المغني ٥/ ٣٦٢، المحرر ٢/ ٣٥٩، المبدع ٤/ ٢٢٢، مطالب أولي النهى ٣/ ٧٣٩، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٣١.

(٥) الإجماع ص١٢٣.

(٦) المبدع ٤/ ٢٢٢.

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

١.أن إعطاء المعير المستعير شيئاً ليرهنه بمنزلة الإذن له بقضاء الدين من مال هو عنده وديعة، فيجوز[١].

٢. أن المعير متبرع بإثبات ملك اليد، فيعتبر بالتبرع بإثبات ملك العين واليد، وهو قضاء الدين، فيجوز الرهن[٢].

٣.أن الرهن توثيق، وهو يحصل بما لا يملك الراهن، بدليل الإشهاد، والكفالة[٣].

٤.أن المستعير للرهن قد استعار لقضاء حاجته، فيصبح، كسائر العواري[٤].

المطلب الثاني: رهن المستعير للعارية إذا لم يستعرها لذلك

إذا استعار شخص عيناً كدار، أو سيارة أو دابة لينتفع بها ثم بعد ذلك استدان فأراد أن يرهن هذه العين، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟.

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على عدم ملكية المستعير لرهن العارية إذا لم يستعرها لذلك إلا بإذن صاحبها.

فقد قال بذلك الحنفية[٥].

---

(١) تحفة الفقهاء ٣/ ٤٧.

(٢) الهداية ٤/ ١٤٩.

(٣) أسنى المطالب ٢/ ١٤٨.

(٤) المغني ٥/ ٣٦٢.

(٥) الكتاب للقدوري ٢/ ٢٠٢، الدر المختار ٥/ ٦٧٩، تبيين الحقائق ٥/ ٨٥، مجمع الأنهر ٢/ ٣٤٨.

وهو الظاهر من قول المالكية، والشافعية؛ لأن القاعدة عندهم أن ما لا يصح بيعه لا يصح رهنه، وأنه لا يجوز للإنسان رهن مال غيره بغير إذنه[1]، وبه قال الحنابلة[2].

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

١.أن الرهن إيفاء، ولا يملك المستعير إيفاء دينه بمال غيره بغير إذنه[3].

٢.أن في رهن العارية ضرراً بالمعير، لأن الرهن عقد لازم بعد القبض من جهة الراهن، فصار كالإجارة، فلا يصح إلا بإذن المعير[4].

٣. أن الرهن أعلى من الإعارة، والشيء لا يتضمن ما فوقه، فلا يصح[5].

٤.أن المستعير لا يملك منفعة العين المستعارة، فلا يملك الانتفاع بها، ولا بيعها، والمقصود هو بيع الرهن عند تعذر الوفاء للاستيفاء من ثمنه[6].

---

(١) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٨١٢، القوانين الفقهية ص٣٢٨، المهذب ١/ ٣١٥، الإقناع للماوردي ص١٠١.

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة ٥/ ٣٦٤، مطالب أولي النهى ٣/ ٧٣٩.

(٣) تبيين الحقائق ٥/ ٨٥، البحر الرائق ٧/ ٢٨١، مجمع الأنهر ٢/ ٣٤٨.

(٤) تبيين الحقائق ٥/ ٨٥.

(٥) الدر المختار ٥/ ٦٧٩، اللباب ٢/ ٢٠٢.

(٦) مطالب أولي النهى ٣/ ٧٣٩.

المبحث الثاني

استيفاء المستعير المنفعة بوكيله

إذا استعار إنسان عيناً لينتفع بها كسيارة، أو دابة فأراد أن ينيب عنه من يستوفي هذه المنفعة، كأن يستعير سيارة ليسافر عليها من مكان إلى مكان، فيستغني عنها، أو يحجم عن سفره، فيقول لشخص آخر يريد السفر إلى تلك المكان: سافر على هذه نيابة عني، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟.

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على ملكية المستعير لاستيفاء المنفعة التي عقد عليها بوكيله.

فقد قال بذلك الحنفية[(١)].

وهو الظاهر من قول المالكية، حيث قالوا بملكية المستعير لاستيفاء المنفعة بإجارة، أو إعارة[(٢)]، فكذلك بالوكيل من باب أولى.

وبه قال الشافعية[(٣)]، والحنابلة[(٤)].

وقد نقل ابن قدامة الاتفاق على ذلك، حيث قال: «وإن استعار شيئا فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله... ولا نعلم في هذا خلافا»[(٥)].

---

(١) المبسوط ١١/ ١٤٥، بدائع الصنائع ٦/ ٢١٦، مجمع الضمانات ص٥٥.

(٢) التفريع ٢/ ٢٦٩، حاشية الدسوقي ٣/ ٤٣٣-٤٣٤، الفواكه الدواني ٢/ ٢٣٥.

(٣) المهذب ١/ ٣٧١، روضة الطالبين ٤/ ٤٢٦، مغني المحتاج ٢/ ٢٦٤، فتح الجواد ١/ ٥٤٤، أسنى المطالب ٢/ ٣٢٥.

(٤) المغني ٥/ ٣٦١، الإنصاف ٦/ ١١٢، زوائد الكافي ١/ ٢٢٠، غاية المنتهى ٢/ ٢٦٦، الإقناع ٢/ ٣٣٤.

(٥) المغني ٥/ ٣٦١.

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

١.أن وكيل المستعير نائب عنه، ويده كيده، فيصبح استيفاء المنفعة به[١].

٢.أن انتفاع المستعير بالعارية إذا كان بوكيله راجع إليه بواسطة المباشر، فيصح[٢].

---

(١) المهذب ١/ ٣٧١، المغني ٥/ ٣٦١.

(٢) مغني المحتاج ٢/ ٢٦٤، فتح الجواد ١/ ٥٤٤، أسنى المطالب ٢/ ٣٢٥.

المبحث الثالث

إجارة المستعير للعارية

إذا استعار شخص عيناً لينتفع بها كسيارة مثلاً فـهل يملـك تأجيرهـا لغيره بدون إذن المعير، أو لا بد في ذلك من إذنه؟.

الظاهر من كـلام أصحـاب المذاهـب الأربعـة اتفاقـهم علـى ملكيـة المستعير لإجارة العارية إذا أذن لـه صاحبـها بذلـك، وعلـى هـذا ليـس لصاحبها الرجوع حتى تنتهي مدة الإجارة؛ لأنها عقد لازم.

فقد قال بذلك الحنفية[١]، والمالكية[٢].

وهو مقتضى قول الشافعية، حيث قال النووي: «تسلط المستعير على الانتفاع بحسب إذن المعير»[٣].

وبه قال الحنابلة[٤].

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

١. أن الحق للمعير، فجازما أذن فيه[٥].

---

(١) تبيين الحقائق ٥/ ٨٥، الدر المنتقى ٢/ ٣٤٨.

(٢) التفريع ٢/ ٢٦٩، حاشية الدسوقي ٣/ ٤٣٤.

(٣) روضة الطالبين ٤/ ٤٣٥.

(٤) المغني ٥/ ٣٦٢، كشاف القناع ٤/ ٧٢.

(٥) كشاف القناع ٣/ ٥٦٦.

٢. أن المعير لو أذن للمستعير في بيع العارية لجاز له، فكذلك في إجارتها[١].

أما إذا لم يأذن المعير بالإجارة، وإنما كان العقد مطلقاً فقد اختلف الفقهاء في ملكية المستعير للإجارة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المستعير لا يملك إجارة العارية.

وبهذا قال الحنفية[٢]، وأكثر الشافعية[٣].

وبه قال جمهور الحنابلة، وهو المذهب عندهم[٤].

القول الثاني: أن المستعير يملك إجارة العارية.

وبهذا قال المالكية[٥]، وبعض الشافعية[٦].

القول الثالث: أن المستعير يملك إجارة العارية إذا كانت الإعارة مؤقتة، ولا يملكها إذا كانت مطلقة.

وبهذا قال بعض الحنابلة[٧].

---

(١) المرجع السابق.

(٢) تحفة الفقهاء ٣/ ١٧٩، الكتاب للقدوري ٢/ ٢٠٢، تبيين الحقائق ٥/ ٨٥، الاختيار ٣/ ٥٦، مجمع الضمانات ص٥٥، الفتاوى الهندية ٤/ ٣٦٤.

(٣) الإقناع للماوردي ص١١٤، روضة الطالبين ٥/ ٢٥٦.

(٤) المغني ٥/ ٣٦١، المحرر ١/ ٣٥٩، القواعد لابن رجب ص١٩٧، الفروع ٤/ ٤٧٤، الإنصاف ٦/ ١١٥، المبدع ٥/ ٨١.

(٥) التفريع ٢/ ٢٦٩، الفروق ١/ ١٨٧، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٨١١، حاشية الدسوقي ٣/ ٤٣٤.

(٦) روضة الطالبين ٥/ ٢٥٦.

(٧) الفروع ٤/ ٤٧٤، الإنصاف ٦/ ١١٥.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن المستعير لم يملك منافع العين المستعارة ؛ لأن الإعارة تفيد الإباحة دون التملك، فلا يملك تمليكها لغيره بالإجارة[١].

٢. أن الإجارة أعلى من الإعارة؛ لأنها لازمة، والشيء لا يتضمن ما فوقه[٢].

٣. أن الإجارة أقوى من الإعارة؛ لأنها لازمة، فلو ملكها المستعير للزم لزوم ما لا يلزم وهو العارية، أو عدم لزوم ما يلزم وهو الإجارة[٣].

٤. أننا لو صححنا إجارة المستعير للعارية فإنها لا تصح إلا لازمة؛ لأنها تكون حينئذ بتسليط من المعير، وفي وقوعها لازمة زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد إلى انقضاء مدة الإجارة، فيتضرر، فلا يلزمه بغير رضاه[٤].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن المستعير مالك للانتفاع بالعارية بنفسه، فله تأجيره لغيره؛ لأن

---

(١) المغني ٥/ ٣٦١، الروض الندي ص٢٧٦، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٦١، مطالب أولي النهى ٣/ ٧٣٩.

(٢) الهداية ٣/ ٢٢١، مجمع الأنهر ٢/ ٣٤٨، اللباب ٢/ ٢٠٢، قواعد ابن رجب ص١٩٧.

(٣) تبيين الحقائق ٥/ ٨٥، البحر الرائق ٧/ ٢٨١.

(٤) الهداية ٣/ ٢٢١، تبيين الحقائق ٥/ ٨٥.

من ملك شيئا ملك تمليكه لغيره[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن الإعارة تفيد التمليك، بل الراجح أنها تفيد الإباحة كما سبق[2].

٢.أن المستعير يملك الإجارة، قياسا على ما إذا استعار شيئا ليرهنه[3].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن المستعير لا يملك رهن العارية إلا بإذن صحبها، أما إذا لم يأذن فإنه لا يملك كما سبق، فكذلك الإجارة.

أدلة القول الثالث:

أما أصحاب القول الثالث فاستدلوا على عدم ملكية المستعير للإجارة في الإعارة المطلقة بما استدل به أصحاب القول الأول.

أما قولهم بملكيته للإجارة في الإعارة المؤقتة فلم أطلع على دليلٍ لهم عليه.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة- والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية المستعير لإجارة العين المستعارة؛ لقوة ما

---

(١) حاشية الدسوقي ٣/ ٤٣٤.

(٢) ص٥٢١-٥٢٢.

(٣) روضة الطالبين ٥/ ٢٥٦.

استدلوا به، ولما سبق من بيان أن الراجح في الإعارة أنها تفيد إباحة الانتفاع بالعين المستعارة، وإذا لم يكن مالكاً لها فإنه لا يملك تمليكها لغيره بالإجارة؛ لأن الإنسان لا يملك تمليك غيره شيئاً لا يملكه هو بنفسه، ولم يؤذن له في تمليكه.

المبحث الرابع
إعارة المستعير للعارية

إذا استعار شخصٌ عيناً ينتفع بها كدار، أو سيارة، فاستغنى عنها، فأراد أن يعيرها لغيره لينتفع بها بدلاً عنه، فهل يملك ذلك، أولا يملكه؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المستعير لا يملك إعارة العارية إلا بإذن صاحبها.

وهذا هو الوجه الصحيح عند الشافعية[1].

وبه قال جمهور الحنابلة، وهو الصحيح من المذهب عندهم[2].

القول الثاني: أن المستعير يملك إعارة العارية إذا كانت الاستعارة مطلقة، وذلك إذا لم يعين له المعير منتفعاً، سواء أكانت مما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والركوب أم لا كالاستخدام والسكنى، وكذا إذا كانت مقيدة بانتفاع وكانت مما لا يختلف باختلاف المستعمل.

ولا يملك الإعارة إذا نهاه المعير عنها، أو استعملها المعير، أو انتهى من العمل الذي استعارها له، أو كانت مقيدة وهي مما

---

(١) المهذب ١/ ٣٧١، الإقناع للماوردي ص١١٤، حلية العلماء ٥/ ١٩٥، روضة الطالبين ٤/ ٤٢٦، مغني المحتاج ٢/ ٢٦٤، إعانة الطالبين ٣/ ١٣٠.

(٢) المغني ٥/ ٣٦١، المحرر ١/ ٣٥٩، القواعد لابن رجب ص١٩٧، الإنصاف ٦/ ١١٤، المبدع ٤/ ١٤٦، الإقناع ٢/ ٣٣٥.

يختلف باختلافها المستعمل إلا بإذن صاحبها.

وبهذا قال الحنفية[1].

القول الثالث: أن المستعير يملك إعارة العارية مطلقاً.

وبهذا قال المالكية[2]، وهو وجه عند الشافعية[3].

وبه قال بعض الحنابلة[4].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن المستعير غير مالك للعين المستعارة، ولا لمنفعتها، وإنما أبيح له الانتفاع بها، والمستبيح لا يملك نقل الإباحة، كالضيف لا يبيح لغيره ما أبيح له من طعام ونحوه[5].

٢. أن الناس يتفاوتون في الاستعمال للشيء، أو في ركوبه خصوصاً إذا كان مما يركب، والمعير إنما رضي بركوب المستعير واستعماله في غير الحيوان، فوجب ألا يملك المستعير الإعارة، كما يقال في الإجارة أن من استأجر من آخر دابة فأراد أن يؤجرها لغيرة أو

---

(١) رؤس المسائل ص٤٣، تحفة الفقهاء ٣/ ١٧٧، مختصر الطحاوي ص١١٦، المبسوط ١١/ ١٤٠، النتف في الفتاوى ٢/ ٥٨٢، الهداية ٣/ ٢٢١.

(٢) مختصر خليل ص٢٢٥، التفريع ٢/ ٢٦٩، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٨١١، القوانين الفقهية ص٣٧٨، الفواكه الدواني ٢/ ٢٣٥، حاشية الدسوقي ٣/ ٤٣٣-٤٣٤.

(٣) المهذب ١/ ٣٧١، حلية العلماء ٥/ ١٩٥، روضة الطالبين ٤/ ٤٢٦.

(٤) الفروع ٤/ ٤٧٤، المبدع ٥/ ١٦٤، الإنصاف ٦/ ١١٤.

(٥) المهذب ١/ ٣٧١، فتح الجواد ١/ ٥٤٤، المغني ٥/ ٣٦١، المبدع ٤/ ١٤٦، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٩٦.

أودع عند إنسان شيئاً فأراد المودع إيداعه عند غيره، فإنه لا يملك ذلك، فكذلك هنا[١].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على ملكية المستعير للإعارة في الحالات التي قالوا فيما بملكية لذلك بأدلةٍ من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

فمن السنة:

١. ما رواه أنس بن مالك ﷺ قال: لما قَدِمَ المهاجرون من مكة، وليس بأيديهم -يعني شيئاً[٢]- وكانت الأنصار أهل الأرض والعقار، فقاسمهم الأنصار على أن يعطوهم ثمار أموالهم كل عام، ويكفوهم العمل والمؤنة، وكانت أمه أم سليم[٣] كانت أم عبد الله بن أبي طلحة[٤]، فكانت أعطت أم أنس رسول الله ﷺ عذاقاً[٥]،

---

(١) رؤس المسائل ص٣٤٤.

(٢) هكذا في صحيح البخاري، وفي صحيح مسلم: «وليس بأيديهم شيء».

(٣) هي أم سليم بنت ملحان بن خالد بن زيد الأنصارية، أم أنس بن مالك خادم رسول الله ﷺ، اشتهرت بكنيتها، واختلف في اسمها، فقيل: سهلة، وقيل رملة: وقيل: غير ذلك، اسلمت مع السابقين إلى الإسلام، كانت قبل إسلامها تحت مالك بن النضر، فلما توفي خطبها أبو طلحة قبل إسلامه، فاشترطت عليه الإسلام صداقاً، فاسلم، فتزوجها، وروت عن النبي ﷺ عدة أحاديث. (الطبقات الكبرى لابن سعد ٨/ ٤٢٤-٤٣٤، أسد الغابة ٥/ ٥٩١، الإصابة ٨/ ٢٤٣).

(٤) هو عبدالله بن أبي طلحة بن زيد سهل النجّاري، الأنصاري، أخو أنس بن مالك لأمه، ولد بعد غزوة حنين، وبعثته أمه إلى النبي ﷺ ليحنّكه، فحنّكه بتمرة، فكان أول شيء دخل جوفه ريق رسول الله ﷺ، أقام بالمدينة، وكان قليل الحديث، استشهد بفارس، وقيل: توفي بالمدينة سنة ٨٤ هـ. (الطبقات الكبرى لابن سعد ٥/ ٧٤، أسد الغابة ٣/ ١٨٨-١٨٩، الإصابة ٥/ ٦١).

(٥) العِذاق: جمع عـذق، والعَـذق بفتح العين النخلة، أي نخلاتها. (النهاية، مادة «عذق» ٣/ ١٩٩).

فأعطاهن النبي ﷺ أم أيمن[١] مولاته أم أسامة[٢] بن زيد.

قال ابن شهاب[٣]: فأخبرني أنس بن مالك أن النبي ﷺ لما فرغ من قتال أهل خيبر، فانصرف إلى المدينة ردّ المهاجرون إلى الأنصار منائحهم من ثمارهم، فردّ النبي ﷺ إلى أمه عذاقها، فأعطي رسول الله ﷺ أم أيمن مكانهن من حائطه[٤].

وجه الاستدلال:

قال التهانوي: «ولا يخفى أن عذاق أم سليم كانت منيحة عارية للنبي

---

(١) هي بركة بنت ثعلبة بن عمرو بن حصن، تكنى بأم الظباء، مولاة النبي ﷺ وحاضنته، قيل: كانت لأمه، وقيل: كانت لأخت خديجة فوهبتها له، وزوجها يزيد بن حارثة، فولدت له أسامة، وكان النبي ﷺ يقول لها: «يا أمّه»، ويقوله: «هذه بقية أهل بيتي»، توفيت بعده بخمسة أشهر، وقيل بعد مقتل عمر بعشرين يوماً. (الطبقات الكبرى لابن سعد ٨/ ٢٢٣-٢٢٦، أسد الغابة ٥/ ٥٦٧، الإصابة ٨/ ٢١٣-٢١٤).

(٢) هو أسامة بن زيد بن حارثة الكلبي، يكنى بأبي محمد، وقيل: بأبي زيد، حب رسول الله ﷺ وابن حبه، ولد في الإسلام، وتوفي رسول الله ﷺ وله عشرون سنة، وقيل: ثماني عشرة، وأمّره ﷺ قبل موته على جيش عظيم، فلما مات نفّذه أبو بكر، اعتزل الفتنة بعد مقتل عثمان، وتوفي سنة ٥٤ هـ. (الطبقات الكبرى لابن سعد ٤/ ٦١، أسد الغابة ١/ ٦٤-٦٦، الإصابة ١/ ٢٩).

(٣) هو محمّد بن مسلم بن عبيدالله بن عبدالله بن شهاب الزهري، يكنى بأبي بكر، عالم الحجاز والشام، ومن أبرز حفاظ التابعين، وفقهائهم، قال عنه عمر بن عبدالعزيز: لم يسبق أعلم بسُنّه ماضيه من الزهري، وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: حفظ الزهري السُّنة نحواً من سبعين سنة، توفي سنة ١٢٣ هـ وقيل: ١٢٤ هـ وقيل غير ذلك. (الطبقات الكبرى لابن سعد ٢/ ٣٨٨، تذكرة الحفاظ ١/ ١٠٨-١١٣، تهذيب التهذيب ٩/ ٤٤٥-٤٥١).

(٤) رواه البخاري في كتاب الهبة -باب فضل المنيحة ٣/ ١٤٤. ومسلم في كتاب الجهاد والسير-باب ردّ المهاجرين إلى الأنصار منائحهم من الشجر والثمر حين استغنوا عنها بالفتوح ٣/ ١٣٩١-١٣٩٢، الحديث رقم ٧٠.

ﷺ ولم تكن هبة، وإلا لم تستردها منه، فأعارها النبي ﷺ أم أيمن، ولم يثبت في طريق ما ولو ضعيفة أن ذلك كان بإذن أم سليم، فثبت أن المستعير يملك أن يعير غيره إذا لم يشترط المعير انتفاعه بنفسه»[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأنها لم تكن هبة، بل كانت هبة، بدليل أن العارية ترد ذاتها بعد الانتفاع بها، والنبي ﷺ لم يردّ ما أخذه بنفسه، بل أعطاها غيرة لما جاء في الحديث: «فأعطى رسول الله ﷺ أم أيمن مكانهن من حائطه».

قال ابن حجر: «قوله: (فأعطى رسول الله ﷺ أم أيمن مكانهن) أي بدلهن، قوله: (من حائطه) أي بستانه»[٢].

وأما استردادها لها فلعله يحمل على أن النبي ﷺ هو الذي أعطاها ذلك من باب المكافأة على فعل المعروف، والله أعلم.

٢. ما رواه أمية[٣] بن صفوان[٤] بن أمية أن رسول الله ﷺ استعار منه

---

(١) إعلاء السنن ١٦/ ٥٦.

(٢) فتح الباري ٥/ ٢٤٤.

(٣) هو أمية بن صفوان بن أمية بن خلف بن وهب القرشي الجمحي، المكي، روى عن أبيه، وكلدة بن الحنبل، وروى عنه ابن أخيه عمرو بن أبي سفيان، وعبدالعزيز بن رفيع، وقال ابن حجر: مقبول، من الرابعة. (تهذيب التهذيب ١/ ٣٧١، تقريب التهذيب ١/ ٨٣).

(٤) أبوه هو صفوان بن أمية بن خلف القرشي، الجمحي، أسلم بحنين، وكان أحد أشراف قريش في الجاهلية والإسلام، وكان من المؤلفة قلوبهم، وطلب منه الرسول ﷺ الرجوع إلى مكة بعد إسلامه، فرجع وسكنها، شهد اليرموك، وتوفي بمكة أيام خروج الناس إلى الجمل سنة ٣٦ هـ. (الطبقات الكبرى لابن سعد ٥/ ٤٤٩، أسد الغابة ٣/ ٢٢-٢٣، الإصابة ٣/ ٢٤٦-٢٤٧).

أدرعاً يوم حنين، فقال: أغصبٌ يا محمد؟ فقال: «لا، بل عارية مضمونة»[(١)].

وجه الاستدلال:

قال التهانوي: «حديث استعارته ﷺ أدرعاً من صفوان ومن يعلى بن أمية يدل على أن للمستعير أن يعيرها غيره؛ لأنه ﷺ كان هو المستعير، ثم أعارها من لم يكن له درع من المسلمين»[(٢)].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن إعطاء النبي ﷺ الأدرع لمن لم يكن له درع من المسلمين يعد إعارة، بل هم نواب عنه في الانتفاع بها، كما هو ظاهر الحديث، والمستعير يملك الانتفاع بالعارية بنفسه، أو بنائبه، كما تقدم[(٣)].

ومن المعقول:

١. أن المستعير قد ملك منافع العين بالاستعارة، ومن ملك شيئاً ملك

---

(١) رواه أبو داود في كتاب البيوع -باب في تضمين العارية ٣/ ٢٩٦، حديث رقم ٣٥٦٢، بهذا اللفظ، وقال: «هذه رواية يزيد (يعني يزيد بن هارون) ببغداد، وفي روايته بواسط تغير على غير هذا» وفي رقم ٣٥٦٣، ورقم ٣٥٦٤، بنحو هذا اللفظ، وسكت عنه، وأحمد ٣/ ٤٠١، ٦/ ٣٦٥، إلا أنه قال: «يوم خيبر». والحاكم في كتاب البيوع ٢/ ٤٧، وسكت عنه هو والذهبي في تلخيصه، وفي كتاب المغازي ٣/ ٤٨-٤٩، عن عبدالرحمن بن جابر عن أبيه جابر بن عبدالله ﷺ بنحو هذا اللفظ، وقال: «صحيح الإسناد ولم يخرجاه» ووافقه الذهبي في تلخيصه. والبيهقي في كتاب العارية -باب العارية مضمونة ٦/ ٨٩. والدارقطني في كتاب البيوع ٣/ ٣٩. وقال الألباني: «صحيح». (إرواء الغليل ٥/ ٣٤٤).

(٢) إعلاء السنن ١٦/ ٥٥-٥٦.

(٣) ص٥٢١-٥٢٢.

تمليكه لغيره على حسب ما ملك، كالموصى له بالخدمة[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بملكية المستعير لمنافع العين المستعارة، لأن الراجح أن العارية تفيد إباحة الانتفاع، لا ملكية المنافع كما سبق في موضعه[2].

٢. أن المستعير مالك للانتفاع بالعارية، فيملك أن يعيرها لغيره، قياساً على المستأجر[3].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه الشيرازي[4]، وابن قدامة بأنه قياس مع الفارق، لأن المستأجر مالك للانتفاع على كل وجه، فملك أن يملكها غيره بإعارة ونحوها، أما المستعير فلم يملك المنافع، وإنما ملك استيفاءها على الوجه الذي أذن له فيه، فأشبه من أبيح له أكل الطعام[5].

---

(١) المبسوط ١١/ ١٤٠، بدائع الصنائع ٦/ ٢١٥، الهداية ٣/ ٢٢١، تبيين الحقائق ٥/ ٨٦، الاختيار ٣/ ٥٦، مجمع الأنهر ٢/ ٣٤٨، اللباب ٢/ ٢٠٢.

(٢) ص٥٢١-٥٢٢.

(٣) المبسوط ١١/ ١٤٠، تبيين الحقائق ٥/ ٨٦.

(٤) هو إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي، الشيرازي، أبو إسحاق، ولد سنة ٣٩٣ هـ ورحل إلى البصرة وبغداد، وتتلمذ على البيضاوي، والزجاجي، وغيرهما، وتتلمذ عليه خلق كثير حتى قال لما خرج إلى خراسان: لم أدخل قرية إلا وجدت قاضيها وخطيبها أو مفتيها من تلاميذي، وكان جيد المناظرة، حسن التصنيف، ومن مصنفاته المهذب، التنبيه، واللمع، توفي سنة ٤٧٦ هـ. (طبقات الشافعية للسبكي ٣/ ٨٨-١١١، وطبقات الشافعية للإسنوي ٢/ ٧-٨، وتهذيب الأسماء واللغات ١٧٢-١٧٤).

(٥) المهذب ١/ ٣٧١، المغني ٥/ ٣٦١.

ثانياً: واستدلوا على عدم ملكية المستعير للإعارة إذا كانت مقيدة، والعين مما يختلف باختلاف المستعمل بما يلي:

أن المعير قد رضي باستعمال المستعير لا باستعمال غيره، فلا يملك الإعارة إذا كانت العين تختلف باختلاف المستعمل دفعاً للضرر عنه[1].

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما استدل به أصحاب القول الثاني[2]، على ملكية المستعير للعارية في الحالات التي قالوا فيها بملكيته لذلك.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة – والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المعير لا يملك إعارة العارية إلا بإذن صاحبها، لقوة ما استدلوا به، ولما سبق من أن الراجح أن العارية تفيد الإباحة في الانتفاع لا ملك المنفعة، وإذا لم يكن المستعير مالكاً للمنفعة فإنه لا يملك تمليكها لغيره؛ لأن الإنسان لا يملك تمليك غيره ما لا يملك بإذن صاحبه.

---

(١) الهداية ٣/ ٢٢١، اللباب ٢/ ٢٠٢.

(٢) انظر هذا الدليل في المهذب ١/ ٣٧١، المبدع ٥/ ١٤٦.

المبحث الخامس
إيداع المستعير للعارية

إذا استعار شخص عيناً لينتفع بها كدار ليسكنها، أو سيارة ليركبها، أو استعارت امرأة حلياً لتلبسه، أو نحو ذلك، فأراد إيداعه عند غيره إما لاستغنائه عنه، أو لخوفه عليه من التلف، أو غير ذلك، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن المستعير لا يملك إيداع العارية.

وبهذا قال بعض الحنفية[١].

وهو الظاهر من القول الصحيح عند الشافعية، وعند الحنابلة حيث قالوا كما سبق بعدم ملكية المستعير للإعارة، فكذلك الإيداع؛ لأن في كل منهما وضع للعارية في يد غير صاحبها.

القول الثاني: أن المستعير يملك إيداع العارية.

وبهذا قال بعض الحنفية، وهو المفتى به عندهم[٢].

وهو الظاهر من قول المالكية، وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة حيث قالوا كما سبق بملكية للإعارة، فكذلك الإيداع من باب أولى.

---

(١) النتف في الفتاوي ٢/ ٥٨٢، بدائع الصنائع ٦/ ٢١٥، فتاوى قاضيخان ٣/ ٣٧٦، البناية للعيني ٧/ ٧٩٤، البحر الرائق ٧/ ٢٨١.

(٢) المراجع السابقة، ولسان الحكام ص٢٧٥.

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن المستعير إذا رد العارية إلى يد أجنبي ضمن، ومعلوم أن الرد إلى يده إيداع له، ولو ملك الإيداع لما ضمن(١).

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن المستعير يملك الإعارة، فالإيداع أولى؛ لأنها دون الإعارة، حيث إن في الإعارة إيداعاً وتمليكاً للمنافع، وليس في الإيداع تمليك للمنافع(٢).

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بملكية المستعير للإعارة، بل الراجح أنه لا يملكها إلا بإذن صاحب العين كما سبق في موضعه(٣).

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية المستعير لإيداع العارية؛ لما استدلوا به، ولأن المعير قد رضي بوضعها في يد المستعير ولم يرض بيد غيره، ولأنه مطلوب من المستعير رد العين بعد انتهاء انتفاعه بها إلى صاحبها، وفي إيداعها حبس لها من غير انتفاع، فلا يملكه.

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢١٥، لسان الحكام ص٢٧٥.

(٢) المرجعان السابقان، والبناية للعيني ٧/ ٧٩٤-٧٩٥.

(٣) ص٥٢١-٥٢٢.

المبحث السادس

استيفاء المستعير أكثر من المنفعة المعقود عليها

إذا استعار إنسانٌ عيناً لينتفع بها في منفعة معينة، فهل يملك تجاوز هذه المنفعة؟ كأن يستعير إنسان أرضاً لزراعة نوع معين، فيزرع غيره، أو يستأجر دابة أو سيارة للسفر عليها إلى مكان معين، فيتعداه، أو ليحمل عليها مقداراً معيناً فيحمل أكثر منه، أو لمدة معينة كيوم أو أسبوع فيتجاوزها.

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن المستعير يملك الانتفاع بالعارية بكل وجوه الانتفاع التي ينتفع بمثل العين المستعارة في العادة إذا كانت مطلقة من حيث الانتفاع، وبما يشاء من المدة إذا كانت مطلقة من حيث المدة.

أما إذا كانت مقيدة بانتفاع معين كإعارة الأرض الزراعة نوع معين، أو السيارة للركوب، أو مقيدة بوقت معين كيوم أو أسبوع فإن المستعير يملك الانتفاع بها بذلك المقدار أو أقل منه ضرراً، وفي تلك المدة أو أقل، ولا يملك أكثر منها.

فقد قال بذلك الحنفية(١)، والمالكية(٢).

والشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

---

(١) تحفة الفقهاء ٣/ ١٧٨، الهداية ٣/ ٢٢١-٢٢٢.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٤٣٨، جواهر الإكليل ٢/ ١٤٦.

(٣) المهذب ١/ ٣٧١، روضة الطالبين ٤/ ٤٣٥، مغني المحتاج ٢/ ٢٦٨.

(٤) المغني ٥/ ٣٦٠-٣٦١، غاية المنتهى ٢/ ٢٢٦، كشاف القناع ٤/ ٦٩-٧٠.

وقد نقل ابن قدامة الإجماع على ذلك، حيث قال: «وأجمعوا على أن للمستعير استعمال العارية فيما أذن له فيه»[١].

الدليل:

استدلوا بما يلي:

القياس على المستأجر، فكما أن المستأجر يملك الانتفاع بالعين المستأجرة بحسب ما أذن له، وبمقدار المنفعة التي عقد عليها أو أقل، وفي المدة التي استأجر فيها، فكذلك المستعير، لأن كلا منهما قد ملك التصرف في العين بإذن مالكها[٢].

هذا ما يتعلق بمقدار الانتفاع، أما ما يتعلق بمقدار الضمان بالنسبة للمنفعة المتجاوزة، وضمان العين إذا تلفت في حال التعدي، فهو على التفصيل الذي سبق في استيفاء المستأجر منفعة أكثر مما عقد عليه[٣].

قال ابن قدامة: «وحكم إباحة الانتفاع في العارية كحكم الانتفاع في الإجارة فيما له أن يستوفيه وما يمنع منه وسنذكر في الإجارة تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى»[٤].

---

(١) المغني ٥/ ٣٦١.

(٢) المبدع ٥/ ١٤٣-١٤٤.

(٣) انظر ذلك في: المبسوط ١١/ ١٣٧-١٣٨، بدائع الصنائع ٦/ ٢١٦-٢١٧، الشرح الكبير للدردير ٣/ ٤٣٧-٤٣٨، جواهر الإكليل ٢/ ١٤٦، روضة الطالبين ٤/ ٤٣٤-٤٣٥، مغني المحتاج ٢/ ٢٦٨-٢٦٩، المغني ٥/ ٣٦٠-٣٦١، الإقناع ٢/ ٣٣٤.

(٤) المغني ٥/ ٣٦١.

المبحث السابع
تلف العارية تحت يد المستعير، وضمانه

إذا تلفت العين المستعارة تحت يد المستعير إما بسبب تصرفٍ لا يملكه من التصرفات السابقة، أو بغير سبب يضمنها مطلقاً، أو لا يضمنها إلا بتعدٍ أو تفريط، أو يختلف ذلك باختلاف نوع العارية، أولا يلزمه إذا شرطه عليه المعير؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أن العارية تعد أمانة عند المستعير، فلا يضمنها إلا بتعدٍ أو تفريط.

وبهذا قال الحنفية[1]، وهو قول ضعيف عند الشافعية[2].

وبه قال بعض الحنابلة[3]، وهو اختيار ابن القيم[4].

وبه قال ابن حزم[5].

القول الثاني: أنه يلزم المستعير ضمان العارية إذا تلفت تحت يده مطلقاً.

---

(١) رؤس المسائل ص٣٤٢، النتف في الفتاوى ٢/ ٥٨٢، المبسوط ١١/ ١٣٤، الكتاب للقدوري ٢/ ٢٠٢، بدائع الصنائع ٦/ ١١٧، الهداية ٣/ ٢٢٠.

(٢) روضة الطالبين ٤/ ٤٣١.

(٣) الفروع ٤/ ٤٧٤، المبدع ٥/ ١٤٤، الإنصاف ٦/ ١١٢.

(٤) زاد المعاد ٣/ ٤٨١، ٤٨٢، ٤٨٣.

(٥) المحلى ٩/ ١٦٩.

وبهذا قال أشهب[1] من المالكية[2]، والإمام الشافعي، وأكثر أصحابه، وهو المشهور عندهم[3].

وهو الرواية المشهورة عن الإمام أحمد، وبها أخذ جمهور أصحابه، وهو المذهب عندهم[4].

القول الثالث: أنه لا يلزم المستعير ضمان ما لا يخفى هلاكه من العواري كالحيوان، والعقار، ونحوها إلا بتعدٍ أو تفريط، ويضمن ما يخفى هلاكه كالحلي، والأواني، ونحوها، إلا إذا قامت البينة على عدم التعدي والتفريط فيه.

وبهذا قال أكثر المالكية[5].

القول الرابع: أنه يلزم المستعير ضمان العارية إذا تلفت تحت يده إذا شرط عليه المعير الضمان، وإلا فلا.

---

(١) هو مسكين بن عبدالعزيز بن داود القيسي المعافري، الجعدي، يكنى بأبي عمرو، وأشهب لقبه، وهو من أهل مصر، ومن الطبقة الوسطى من أصحاب مالك، انتهت إليه رئاسة الفتوى والفقه في مصر بعد ابن القاسم، ألف المدونة ورواها عنه سعيد بن حسان وغيره، ومن مؤلفاته أيضاً كتاب في القسامة، وكتاب في فضائل عمر بن عبدالعزيز، توفي سنة ٢٠٤هـ. (ترتيب المدارك ١/ ٤٤٧-٤٥٣، الديباج المذهب ص٩٨-٩٩).

(٢) المقدمات الممهدات ٢/ ٤٧١، بداية المجتهد ٢/ ٣١٣، القوانين الفقهية ص٣٧٨.

(٣) الأم ٣/ ٢٥٠، مختصر المزني مع الأم ٨/ ٢١٥، المهذب ١/ ٣٧٠، الوجيز ١/ ٢٠٤، حلية العلماء ٥/ ١٨٩، روضة الطالبين ٤/ ٤٣١، تقويم النظر ٣/ ٧٢٤.

(٤) مسائل الإمام أحمد لابنه صالح ١/ ٤٥٣، ومسائله لابنه عبدالله ص٣٠٨، المغني ٥/ ٣٥٥، المذهب الأحمد ص١١٨، المحرر ١/ ٣٦٠، الفروع ٤/ ٤٧٤، الإنصاف ٦/ ١١٢، إلا أنهم استثنوا بعض المسائل كما إذا تلفت في يد مستعير من مستأجرها، أو كان المعار وقفاً ككتب علم ونحوها، فلا يضمنها إلا بتعدٍ أو تفريط.

(٥) الإشراف ٢/ ٣٩، التفريع ٢/ ٢٦٩-٢٧٠، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٨٠٨، بداية المجتهد ٢/ ٣١٣، الفواكه الدواني ٢/ ٢٣٥، الشرح الكبير للدردير ٢/ ٢٣٥.

وهذا قال الإمام أحمد في رواية عنه، واختارها بعض أصحابه[1].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من الكتاب، والسنة، والآثار، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من الكتاب:

١. قال الله- سبحانه وتعالى-: ﴿..فَلَا عُدۡوَٰنَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ﴾[2].

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذه الآية الكريمة بأن الله- سبحانه وتعالى- بين أن العدوان لا يكون إلا على من ظلم وتعدى، وهذا عام، فيشعل المستعير، فلا يعدى على المستعير بالتضمين إلا إذا تعدى على العارية فأتلفها.

١. وقال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ..﴾[3].

---

(١) الفروع ٤/ ٤٧٤، الإنصاف ٦/ ١١٣.

(٢) سورة البقرة الآية (١٩٣).

(٣) سورة البقرة الآية (١٨٨).

٢. وقال- سبحانه-: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ..﴾[1].

وجه الاستدلال بهاتين الآيتين الكريمتين:

أن الله -سبحانه وتعالى- نهى عن أكل أموال الناس بالباطل، وتضمين المستعير في حالة عدم تعديه أو تفريطه لم يوجبه دليل صحيح من الكتاب والسنة، فيكون من الأكل بالباطل، فلا يجوز[2].

٣. وقال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍۚ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ۝٩١﴾[3].

٤. وقال -سبحانه-: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ وَيَبْغُونَ فِى ٱلْأَرْضِ بِغَيْرِ ٱلْحَقِّۚ أُوْلَـٰٓئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ۝٤٢﴾[4].

وجه الاستدلال بهاتين الآيتين الكريمتين:

قال ابن حزم عند استدلاله بهما: «والمستعير ما لم يتعد ولا ضيعّ محسن فلا سبيل عليه بنص القرآن، والغرم سبيل بيقين، فلا غرم عليه»[5].

---

(١) سورة النساء الآية (٢٩).

(٢) المحلى ٩/ ١٧٤.

(٣) سورة التوبة الآية (٩١).

(٤) سورة الشورى (٤٢).

(٥) المحلى ٩/ ١٧٤.

ثانياً: من السنة:

١.ما رواه أبو بكرة[١] ﷺ أن رسول الله ﷺ قال في خطبته في حجة الوداع: «..فإن دماءكم وأموالكم، وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا...»[٢].

وجه الاستدلال:

أن الرسول ﷺ أخبر أن مال المسلم محرم على غيره بغير حق، فيدخل في عموم ذلك مال المستعير، فيحرم إلا أن يوجبه نص من قرآن أو سنة، ولم يوجبه في حالة عدم التعدي أو التفريط شيء صحيح من ذلك، فلا يجوز[٣].

---

(١) هو نُفَيع بن الحارث بن كلدة، ويقال: ابن مسرح، ويقال: ابن مسروق، كان من عبيد الحارث بن كلدة الثقفي، فاستلحقه، تدلّى إلى النبي ﷺ من حصن الطائف ببكرة، فاشتهر بأبي بكرة، كان من فضلاء الصحابة ﷺ وممن اعتزل القتال يوم الجمل، سكن البصرة، وتوفي بها سنة ٥١ هـ. (الطبقات الكبرى لابن سعد ٧/ ١٥-١٦، أسد الغابة ٥/ ٣٨، الإصابة ٦/ ٢٥٢).

(٢) رواه البخاري في كتاب العلم -باب قول النبي ﷺ: «رُبَّ مبلّغ أوعى من سامع» ١/ ٢٤، وباب ليبلغ العلم الشاهد الغائب ١/ ٣٤-٣٥، وفي كتاب الحج -باب الخطبة ايام منى ٢/ ١٩١، وفي كتاب المغازي -باب رقم ٥١، ٥/ ٩٤، وفي كتاب الأضاحي -باب من قال الأضحى يوم النحر ٦/ ٢٣٥-٢٣٦، وفي كتاب الفتن -باب قو النبي ﷺ: «لا ترجعوا بعدي كفارا..» ٨/ ٩١، وفي كتاب التوحيد -باب قوله تعالى: }وُجُوهٌ يَوْمَئِذٍ نَّاضِرَةٌ * إِلَى رَبِّهَا نَاظِرَةٌ{ ٨/ ١٨٦. ومسلم في كتاب الحج -باب تحريم مكة وصيدها وخلاها... ٢/ ٩٨٧-٩٨٨، الحديث رقم ٨٢، وفي كتاب القسامة -باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال ٣/ ١٣٠٥-١٣٠٦، الحديث رقم ٢٩. وأحمد ٥/ ٣٧، ٣٩، ٤٠. وقد ورد من حديث عمرو بن الأحوص، وعبدالله بن مسعود، وجابر، وعبدالله بن عمر -رضي الله عنهم-.

(٣) المحلى ٩/ ١٧٤.

٢. ما رواه أبو أمامة الباهلي[١] ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «..العارية مؤداة، والمنيحة[٢] مردودة، والدين مقضي، والزعيم[٣] غارم»[٤].

وجه الاستدلال:

أن الرسول ﷺ أخبر في هذا الحديث أن العارية مؤداة إلى صاحبها، وهذا يدل على أنها أمانة، لقول الله -سبحانه وتعالى-: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾[٥]، إذا كانت أمانة فإنها لا تضمن إلا بالتعدي أو التفريط[٦].

---

(١) هو صُدَيّ بن عجلان بن الحارث الباهلي، السهمي، يكنى بأبي أمامة وهو مشهور بها، وروى عن النبي ﷺ فأكثر، روى الطبراني ما يدل على أنه شهد أحداً، لكن ضعّفه ابن حجر، وسكن حمص من الشام، وتوفي بها سنة ٨١هـ، وقيل ٨٦ هـ وقيل: إنه آخر من مات من الصحابة بالشام. (الطبقات الكبرى لابن سعد ٤/ ٤١١، أسد الغابة ٣/ ١٦-١٧، الإصابة ٣/ ٢٤٠-٢٤١).

(٢) المَنِيحَةُ والمِنْحَةُ هي: أن يعطي إنسان إنساناً ناقة أو شاة لينتفع بلبنها ويعيدها. (الفائق، مادة «منح» ٣/ ٣٨٩، النهاية، مادة «منح» ٤/ ٣٦٤).

(٣) الزعيم هو الكفيل. (الفائق، مادة «زعم» ٢/ ١٦، النهاية، مادة «زعم» ٢/ ٣٠٣).

(٤) رواه أبو داود في كتاب البيوع -باب في تضمين العارية ٣/ ٢٩٦-٢٩٧، الحديث رقم ٣٥٦٥، واللفظ به، وسكن عنه. والترمذي في ابواب البيوع -باب ما جاء في العارية مؤداة ٢/ ٣٦٨، الحديث رقم ١٦٨٥، بدون لفظ: «والمنيحة مردودة»، وقال: حديث حسن». وأحمد ٥/ ٢٦٧. والبيهقي في كتاب العارية -باب العارية مؤداة ٦/ ٨٨. وعبدالرزاق في كتاب البيوع -باب العارية ٨/ ١٨١، الحديث رقم ١٤٧٩٦ وابن أبي شيبة في كتاب البيوع والأقضية -باب في العارية من كان لا يضمنها ومن كان لا يفعل ٦/ ١٤٥، الحديث رقم ٦٠٣.

(٥) سورة النساء الآية (٥٨).

(٦) المغني ٥/ ٣٥٥.

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن حزم بأنه من رواية إسماعيل[1] بن عيّاش، وهي ضعيفة[2].

الإجابة عن هذه المناقشة:

يمكن الإجابة عنها بأن رواية إسماعيل ليست ضعيفة على الإطلاق، وإنما هي ضعيفة عن الحجازيين، وصحيحة عن الشاميين، كما في ترجمته، وهذا الحديث من روايته عن الشاميين؛ لأنه رواه عن شرحبيل[3] بن مسلم، وهو شامي، فيكون صحيحا بالنسبة له.

١. ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال: «ليس على المستعير غير المغل[4] ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان»[5].

---

(١) هو إسماعيل بن عيّاش بن مسلم العنسي، الحمصي، يكنى بأبي عتبة، ولد سنة ١٠٦ هـ، قال فيه البخاري: إذا حدّث عن أهل بلده فصحيح، وإذا حدّث عن غيرهم ففيه نظر، وقال أحمد: ليس أحد أروى لحديث الشاميين من إسماعيل بن عياش، وقوى حديثه عن الشاميين يعقوب بن سفيان، وابن معين، وغيرهما، توفي سنة ١٨١ هـ، وقيل ١٨٢ هـ. (الجرح والتعديل ٢/ ١٩١، ميزان الاعتدال ١/ ٢٤٠-٢٤٤، تهذيب التهذيب ١/ ٣٢١-٣٢٦).

(٢) المحلى ٩/ ١٧٢.

(٣) هو شرحبيل بن مسلم بن حامد الخولاني، الشامي، تابعي مشهور أدرك خمسة من الصحابة، قال فيه أحمد: من ثقات الشاميين، وقال العجلي: ثقة، وقال ابن معين: ضعيف، وقال ابن حجر: صدوق فيه لين. (ميزان الاعتدال ٢/ ٢٦٧، تهذيب التهذيب ٤/ ٣٢٥، تقريب التهذيب ١/ ٣٤٩).

(٤) مأخوذ من الإغلال، وهو الخيانة، أي إذا لم يَخُن في العارية والوديعة فلا ضمان عليه. (النهاية، مادة «غلل» ٣/ ٣٨١).

(٥) رواه الدارقطني في كتاب البيوع ٣/ ٤١، الحديث رقم ١٦٨. والبيهقي في كتاب العارية - باب من قال: لا يغرم ٦/ ٩١.

وفي رواية: «لا ضمان على مؤتمن»[١].

وهذا الحديث واضح الدلالة.

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: ناقشه الدارقطني[٢]، والبيهقي[٣]، وابن حجر، وابن قدامة، وابن مفلح بأنه لا يصح مرفوعاً إلى النبي ﷺ؛ لأن في سنده عمرو بن عبد الجبار[٤]، وعبيدة بن حسان[٥]،

---

(١) رواها الدارقطني في كتاب البيوع ٣/ ٤١، الحديث رقم ١٦٧. والبيهقي في كتاب الوديعة - باب لا ضمان على مؤتمن ٦/ ٢٨٩. وضعّفها ابن حجر. (تلخيص الحبير ٣/ ٩٧). ورمز له السيوطي بالضعف. (الجامع الصغير مع شرحه الفيض ٦/ ٤٣٢).

(٢) هو علي بن عمر بن أحمد بن مهدي البغدادي، الحافظ، المشهور بالدارقطني، ولد سنة ٣٠٦ هـ وارتحل إلى مصر والشام، قال عنه الحاكم: صار الدارقطني أوحد أهل عصره في الحفظ، والفهم، والورع، وإماماً في القراء والنحويين، له مصنفات منها: كتاب السنن، وكتاب القراءات، وغريب اللغة، توفي سنة ٣٨٥ هـ. (تذكرة الحفاظ ٣/ ٩٩١-٩٩٥، طبقات الحفاظ ص٣٩٣).

(٣) هو أحمد بن الحسين بن علي الخسروجي، الشافعي، الحافظ المشهور بالبيهقي، ولد سنة ٣٨٤ هـ ولزم الحاكم وأخذ عنه وأكثر، وزاد عليه بأنواع العلوم، له مصنفات منها: السنن الكبرى، والصغرى، وشعب الإيمان، وتوفي سنة ٤٥٨ هـ. (طبقات الشافعية للسبكي ٤/ ٨، وطبقات الشافعية للإسنوي ١/ ٩٨، تذكرة الحفاظ ٣/ ١١٣٢).

(٤) هو عمرو بن عبدالجبار السنجاري، يكنى بأبي معاوية، قال ابن عدي: روى عن عمه - يعني عبيدة بن حسان الذي ستأتي ترجمته- مناكير، وساق له -يعني ابن عدي- أحاديث عن عمه، وقال: كلها غير محفوظة. (الكامل لابن عدي ٥/ ١٧٩١-١٧٩٢، ميزان الاعتدال ٣/ ٢٧١، لسان الميزان ٤/ ٣٦٨).

(٥) هو عبيدة -بفتح العين- بن حسان العنبري السنجاري، روى عن الزهري، وقتادة، وروى عنه خالد الرّقي، وابن أخيه عمرو بن عبدالجبار، وقال فيه أبو حاتم: منكر الحديث، وقال ابن حبان: يروي الموضوعات عن الثقات، وقال الدارقطني: ضعيف. (الجرح والتعديل ٦/ ٩٢، ميزان الاعتدال ٣/ ٢٦، لسان الميزان ٤/ ١٢٥).

وهما ضعيفان، وإنما روي موقوفاً[١] عن شريح[٢][٣].

الوجه الثاني: ناقشه ابن مفلح بأنه على تقدير صحة الحديث فإنه يحتمل أن الرسول ﷺ أراد المنافع، والأجرة[٤].

ثالثاً: من الآثار:

١. ما روي عمر بن الخطاب ﷺ قال: «العارية بمنزلة الوديعة، ولا ضمان فيها إلا أن يتعدى»[٥].

٢. ما روي عن علي بن أبي طالب ﷺ قال: «ليست العارية مضمونة، إنما هو معروف، إلا أن يخالف فيضمن»[٦].

---

(١) رواه موقوفاً على شريح عبدالرزاق في كتاب البيوع -باب العارية ٨/ ١٧٨، الأثر رقم ١٤٧٨٢. والدارقطني في كتاب البيوع ٣/ ٤١، الأثر رقم ١٧٠. والبيهقي في كتاب العارية -باب من قال: لا يغرم ٦/ ٩١. وابن حزم في المحلى ٩/ ١٧٠. وقال التهانوي: «وهذا سند صحيح». (إعلاء السنن ١٦/ ٥٧).

(٢) هو شريح بن الحارث بن قيس الكندي، الكوفي، القاضي المشهور، يكنى بأبي أمية، قيل: كان في زمن النبي ﷺ ولم يسمع منه، واستقضاه عمر على الكوفة، وأقرّه عثمان وعلي على ذلك من بعده، وأقام على القضاء فيها ستين سنة، وقيل: أكثر، وقضى بالبصرة سنة، ووثّقه ابن سعد، والعجلي، وابن حبان، وغيرهم، توفي سنة ٧٦ هـ، وقيل ٧٨ هـ، وقيل غير ذلك. (الطبقات الكبرى لابن سعد ٦/ ١٣١-١٤٥، أسد الغابة ٢/ ٣٩٤، تذكرة الحفاظ ١/ ٥٩).

(٣) سنن الدارقطني ٣/ ٤١، السنن الكبرى للبيهقي ٦/ ٩١، تلخيص الحبير ٣/ ٩٧، المغني ٦/ ٣٥٦، المبدع ٥/ ١٤٤.

(٤) المبدع ٥/ ١٤٤.

(٥) رواه عبدالرزاق في كتاب البيوع -باب العارية ٨/ ١٧٩، الأثر رقم ١٤٧٨٥ واللفظ له. وابن حزم في المحلى ٩/ ١٧٣. وقال التهانوي: «وسند عبدالرزاق حسن». (إعلاء السنن ١٦/ ٥٦).

(٦) رواه عبدالرزاق في كتاب البيوع -باب العارية ٨/ ١٧٩، الأثر رقم ١٤٧٨٨، واللفظ له. وابن أبي شيبة في كتاب البيوع والأقضية -باب في العارية من كان لا يضمّنها ومن كان يفعل ٦/ ١٤٣، الأثر رقم ٥٩٥. وابن حزم في المحلى ٩/ ١٧٣، وقال: «وهذا صحيح عن علي».

وهذان الأثران واضحا الدلالة.

رابعاً: من المعقول:

١. أنه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان، فلا يجب عليه ذلك، كالوديعة، والإجارة؛ لأن الضمان لا يجب على الإنسان بدون فعله، وفعل المستعير الموجود منه ظاهراً هو العقد، والقبض، وكل واحد منهما لا يصلح سبباً لوجوب الضمان، أما العقد فلأنه عقد تبرع بالمنفعة تمليكاً أو إباحة على اختلاف الأصلين وأما القبض فلوجهين:

الأول: أن قبض مال الغير لا يصلح سبباً لوجوب الضمان، فبالإذن أولى؛ لأن قبض مال الغير بغير إذنه هو إثبات اليد على مال الغير وحفظه وصيانته عن الهلاك، وهذا إحسان في حق المالك، قال الله- سبحانه وتعالى-: ﴿هَلْ جَزَآءُ ٱلْإِحْسَٰنِ إِلَّا ٱلْإِحْسَٰنُ﴾[1]، وقال -سبحانه وتعالى-: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[2]، فدل ذلك على أن قبض مال الغير بغير إذنه لا يصلح سببا للضمان، فمع الإذن أولى.

الثاني: أن القبض المأذون فيه لا يكون تعديا؛ لأنه لا يفوِّت يد المالك، ولا ضمان إلا على التعدي، قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿..فَلَا عُدْوَٰنَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ﴾[3].

---

(١) سورة الرحمن الآية (٦٠).

(٢) سورة التوبة الآية (٩١).

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ٢١٧، سورة البقرة الآية (١٩٣).

٢.أن المستعير قبض العين للانتفاع بها بإذنٍ صحيح، فلا تكون مضمونة عليه، قياسا على المستأجر[1].

٣.أن لفظ العارية لا ينبيء عن التزام الضمان؛ لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها، فلا يجب الضمان إلا بالتعدي أو التفريط[2].

٤.أن المستعير قد قبض العين بإذن مالكها، فكانت أمانة في يده، كالوديعة، فلا تضمن إلا بالتعدي أو التفريط[3].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة بأن هذا القياس مقوض بالمقبوض على وجه السوم[4].

الإجابة عن هذه المناقشة:

أجاب عنها التهانوي بعدم التسليم بذلك، فالمقبوض على وجه السوم ليس بمضمون بالقبض، بل بالعقد بطريق التعاطي بشرط الخيار الثابت دلالة[5].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من الكتاب، والسنة، والمعقول،

---

(١) المبسوط ١١/ ١٣٥.

(٢) الهداية ٣/ ٢٢١، الاختيار ٣/ ٥٦.

(٣) المغني ٥/ ٣٥٥، المبدع ٥/ ١٤٤.

(٤) المغني ٥/ ٣٥٦.

(٥) إعلاء السنن ١٦/ ٤٩.

وهي كما يلي:

قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا..﴾(١).

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذه الآية الكريمة بأن الله -سبحانه وتعالى- أمر بأداء الأمانات إلى أصحابها، فتدخل في عموم ذلك العارية، والأمر بتأديتها يستلزم ردّ عينها إن كانت باقية، أو ضمانها ببدلها إن كانت تالفة.

مناقشة هذا الدليل:

نوقش من أربعة أوجه:

الوجه الأول: ناقشه ابن حزم بأنه يلزمكم بهذه الآية تضمين الوديعة، فقد ضمّنها عمر بن الخطاب ﷺ (٢) وغيره، وأنتم لا تقولون بذلك.

الوجه الثاني: وناقشه ابن حزم-أيضاً- بأنه نعم مأمور بأداء العارية، ولكن ذلك مادام قادرا على الأداء، فإنه غير مكلف بذلك؛ لقول الله -سبحانه وتعالى-: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾(٣).

---

(١) سورة النساء (٥٨).

(٢) روى ذلك ابن أبي شيبة في كتاب البيوع والأقضية -باب في المضاربة والعارية والوديعة ٦/ ٤٠١، الأثر رقم ١٤٩٥.

(٣) سورة البقرة (٢٨٦).

الوجه الثالث: وناقشه ابن حزم-أيضا-بأنه ليس في هذه الآية تضمين؛ لأن أداء الغرامة غير أداء الأمانة[1].

الوجه الرابع: ناقشه الشوكاني[2] بأن الأمر بتأدية الأمانة لا يستلزم ضمانها إذا تلفت[3].

ثانياً: من السنة:

١. ما رواه أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه أن رسول الله ﷺ استعار منه أدرعاً يوم حنين، فقال: أغصب يا محمد؟ فقال: «لا، بل عارية مضمونة»[4].

وهذا الحديث واضح الدلالة.

مناقشة هذا الدليل:

نوقش من خمسة أوجه:

الوجه الأول: ناقشه ابن حزم بأنه ضعيف الإسناد، حيث ساق جميع طرقه، وبيّن ضعف أسانيدها، فلا يصح الاحتجاج به[5].

الوجه الثاني: ناقشه الكاساني، وابن القيم بأن الأظهر أن المراد

---

(١) انظر هذه الأوجه الثلاثة في المحلى ٩/ ١٧٠.

(٢) هو محمّد بن علي بن عبدالله الشوكاني، ولد سنة ١١٧٢ هـ وتفقّه على مذهب زيد بن علي، وطلب الحديث حتى فاق فيه أهل زمانه وخلع ربقة التقليد، وولي القضاء بصنعاء، له مؤلفات منها: فتح القدير في التفسير، ونيل الأوطار في الحديث، وإرشاد الفحول في أصول الفقه، وتوفي سنة ١٢٥٠ هـ. (البدر الطالع ٢/ ٢١٤-٢٢٥).

(٣) نيل الأوطار ٣/ ٢٩٧.

(٤) سبق تخريجه ص٥٣٩.

(٥) المحلى ٩/ ١٧١-١٧٢.

بالضمان فيه ضمان الرد، لا ضمان التلف[1]، وأيَّد ابن القيم ذلك بثلاثة أمور:

الأمر الأول: أنه قد جاء في لفظ آخر لهذا الحديث «بل عارية مؤداة»[2]، فهذا يبيّن أن قوله: (مضمونة) المراد به: المضمونة بالأداء.

الأمر الثاني: أن صفوان ﷺ لم يسأل الرسول ﷺ عن تلفها، وإنما سأله هل تأخذها مني غصبا تحول بيني وبينها؟ فقال: بل عارية أؤديها إليك، ولو كان سأله عن تلفها، وقال: أخاف أن تذهب، لناسب أن يقول: أنا ضامن لها إن تلفت.

الأمر الثالث: أن النبي ﷺ جعل الضمان صفة للعارية نفسها، ولو كان ضمان تلف لكان الضمان لبدلها، فلما وقع الضمان على ذاتها دلّ على أنه ضمان أداء[3].

ويؤيد هذا الوجه ما جاء في بعض ألفاظ الحديث أن رسول الله ﷺ قال لصفوان: «إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين درعا وثلاثين بعيرا» قال:فقلت: يا رسول الله: أعارية مضمونة أو عارية مؤداة؟ قال: «بل مؤداة»[4].

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢١٨، زاد المعاد ٣/ ٤٨٢.

(٢) رواه البيهقي في كتاب العارية -باب العارية مؤداة ٦/ ٨٨. وروى الحاكم في كتاب البيوع ٢/ ٤٧، عن عكرمة عن ابن عباس ﷺ أن رسول الله ﷺ استعار من صفوان ابن أمية أدرعاً وسناناً في غزوة حنين، فقال: يا رسول الله، أعارية مؤداة؟ قال: «عارية مؤداة»، وقال: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه» ووافقه الذهبي في تلخيصه.

(٣) انظر: هذه الأمور الثلاثة في زاد المعاد ٣/ ٤٨٢.

(٤) رواه أبو داود في كتاب البيوع -باب في تضمين العارية ٣/ ٢٩٧، الحديث رقم ٣٥٦٦، واللفظ له، وسكت عنه. وابن حزم في المحلي ٩/ ١٧٣، وقال: «فهذا حديث حسن ليس في شيء مما روي في العارية خبر يصح غيره..» وقال الألباني: «وإسناده صحيح». (إرواء الغليل ٥/ ٣٤٨).

الوجه الثالث: ناقشه المنبجي[1] بأنه لا دلالة فيه على محل الخلاف، بل هو صفة للعارية التي استعارها النبي ﷺ وبيان حكمها، وليس فيه عموم؛ لأن الجواب يتقيد بما في السؤال، فقوله: (أغصب يا محمد؟) ليس بسؤال عن حكم العواري، بل سؤال عما أخذه منه، أو طلبه منه، فجوابه ﷺ ينصرف إليه[2].

الوجه الرابع: ناقشه السرخسي، والمنبجي، والزيلعي بأنه محمول على اشتراط الضمان من الرسول ﷺ على نفسه والمستعير وإن كان لا يضمن ولكنه يضمن بالشرط، كالمودَع[3].

الوجه الخامس: ناقشه السرخسي والزيلعي بأن استعارة النبي ﷺ هنا كانت بغير إذن صفوان لحاجة المسلمين، ولهذا قال: أغصب يا محمد؟، وعند الحاجة يرخص تناول مال الغير بغير إذنه بشرط الضمان، كحال المخمصة[4].

٢. ما جاء في بعض ورايات حديث صفوان السابق من زيادة: فضاع بعضها (أي الأدرع)، فعرض عليه رسول الله ﷺ أن يضمنها له،

---

(١) هو علي بن زكريا بن مسعود الأنصاري المنبجي، يكنى بأبي محمد، عالم فاضل من علماء الحنفية، له مؤلفات منها: اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، وشرح معاني الآثار للطحاوي، توفي بالقدس سنة ٦٨٦ هـ. (الجواهر المضية ٢/ ٥٧٠، إيضاح المكنون ٢/ ٥٠٥، معجم المؤلفين ٧/ ٩٦).

(٢) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب للمنبجي ٢/ ٥٥٠.

(٣) المبسوط ١١/ ١٣٦، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب للمنبجي ٢/ ٥٥٠، تبيين الحقائق ٥/ ٨٥.

(٤) المبسوط ١١/ ١٣٦، تبيين الحقائق ٥/ ٨٥..

فقال: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب[١].

وهذه الزيادة واضحة الدلالة على الضمان.

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن القيم بقوله: «إن قيل: ففي القصة أن بعض الدروع ضاع، فعرض عليه النبي ﷺ أن يضمنها، فقال: أنا اليوم في الإسلام أرغب، قيل: هل عرض عليه أمراً واجباً أو أمراً مستحباً الأولى فعله، وهو من مكارم الأخلاق والشيم، ومن محاسن الشريعة؟ وقد يترجح الثاني بأنه عرض عليه الضمان، ولو كان الضمان واجباً لم يعرضه عليه، بل كان يفي له به، ويقول: هذا حقك، كما لو كان الذاهب بعينه موجوداً، فإنه لم يكن ليعرض عليه رده فتأمله»[٢].

ويؤيد كلام ابن القيم هذا ما جاء في بعض الألفاظ من قوله ﷺ لصفوان: «إن شئت غرمناها لك» فقال: يا رسول الله إن في قلبي اليوم من الإيمان ما لم يكن يومئذ[٣].

حيث جعل الغرم راجعا إلى مشيئة صفوان.

٣. ما رواه الحسن عن سمرة بن جندب ﷺ أن رسول الله ﷺ قال:

---

(١) رواه أحمد ٣/ ٤٠١، واللفظ له. وأبو داود في كتاب البيوع -باب في تضمين العارية ٣/ ١٩٦، الحديث رقم ٣٥٦٣، بمعناه.

(٢) زاد المعاد ٣/ ٤٨٢-٤٨٣.

(٣) رواه البيهقي في كتاب العارية -باب العارية مضمونة ٦/ ٩٠، وقال بعد سياقه وغيره من الألفاظ: «وبعض هذه الأخبار وإن كان مرسلاً فإنه يقوى بشواهده مع ما تقدم من الموصول». وابن حزم في المحلى ٩/ ١٧١.

«على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[1].

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن النبي ﷺ أخبر أن على اليد ما أخذت -أي ضمانه-، وهذا يشمل جميع ما أخذت، فيدخل في عمومه ما كان عن طريق الاستعارة، فيجب ضمانه مطلقاً، أي سواء تلف بتعدٍ أم بغير تعد.

مناقشة هذا الدليل:

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: ناقشه ابن حزم، وابن التركماني، وابن حجر، والعيني[2]، بأنه من رواية الحسن عن سمرة، وهو مختلف في سماعه منه[3].

وقد سبق[4] بيان ذلك في ترجمة الحسن.

الوجه الثاني: كما ناقشه ابن حزم، وابن التركماني بأن الأداء فرض ولا يلزم منه الضمان؛ لأنه لو لزم من هذا اللفظ الضمان للزم أن يضمنوا الرهون، والودائع؛ لأنها مما

---

(١) سبق تخريجه ص٣٩٤.

(٢) هو محمّد بن أحمد بن موسى الحنفي، المشهور بالعيني، ولد سنة ٧٦٢ هـ، ويعد من كبار المحدّثين والمؤرخين، ولي قضاء القاهرة، ثم عكف في آخر عمره على التأليف والتدريس، ومن مؤلفاته: عمدة القاري في شرح صحيح البخاري، والبناية في شرح الهداية، وتوفي ٨٥٥ هـ. (الفوائد البهية ص٢٠٧-٢٠٨، الضوء اللامع ١٠/ ١٣١-١٣٥، شذرات الذهب ٧/ ٢٨٧-٢٨٨).

(٣) المحلى ٩/ ١٧٢، الجوهر النقي ٦/ ٩٠، فتح الباري ٥/ ٢٤١، البناية ٧/ ٧٧٩.

(٤) ص٣٩٤.

قبضت اليد، وهم لا يقولون بذلك فيها، فيلزمهم ألاّ يقولوا به في العارية كذلك[١].

ثالثاً: من المعقول:

أن المستعير قد أخذ ملك غيره لنفع نفسه، منفرداً بنفعه، من غير استحقاق، ولا إذن في الإتلاف، فكان مضموناً، كالغاصب، والمأخوذ على وجه السّوم[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشة قياس المستعير على الغاصب بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الغاصب لم يؤذن له في الانتفاع بالعين بالكلية، فيعد متعدياً من الأصل، ولا خلاف في ضمان المتعدي، أما المستعير فقد أذن له في الانتفاع بالعين حسب ما يقضيه العقد، فلا يضمن إلا بالتعدي، وبهذا يبطل القياس.

أما القياس على المأخوذ عن وجه السوم فقد سبق مناقشة التهانوي له بما سبق من الإجابة على مناقشة الدليل الرابع من الأدلة العقلية لأصحاب القول الأول.

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم الضمان فيما لا يخف هلاكه إلا بتعدٍ أو

---

(١) المحلى ٣/ ١٧٢، الجوهر النقي ٦/ ٩٠.

(٢) المهذب ١/ ٣٧٠، تقويم النظر ٣/ ٧٢٥، المغني ٥/ ٣٥٥-٣٥٦، المبدع ٥/ ١٤٤، مطالب أولي النهى ٣/ ٧٤٠.

تفريطٍ بأدلةٍ من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

فمن السنة:

ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال: «ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان»[(١)].

وهذا الحديث واضح الدليل.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بما سبق في أدلة أصحاب القول الأول.

ومن المعقول:

١. أن ما لا يخفى هلاكه كالحيوان ونحوه قد قبضه المستعير لمنفعة نفسه، فلم يضمنه به مع عدم التعدي، كالعبد الموصى بخدمته[(٢)].

٢. أن ما لا يخفى هلاكه من الأعيان أعيان قبضت لاستيفاء منفعة منها تطوّع بها المالك، فلم تضمن مع عدم التعدي، كالعبد الموصى بخدمته[(٣)].

مناقشة هذين الدليلين:

يمكن مناقشتهما بأن الأمر كذلك فيما يخفى هلاكه كالحلي، والأواني، ونحوها، فقبض المستعير لها لمنفعة نفسه، وهي أعيان قبضت

---

(١) سبق تخريجه ص٥٥٢.

(٢) الإشراف ٢/ ٣٩.

(٣) المرجع السابق.

لاستيفاء منفعة منها تطّوع بها المالك فلا تضمن -أيضاً- إلا بتعدٍ أو تفريطٍ.

ثانياً: واستدلوا على لزوم الضمان فيما يخفى هلاكه إلا إذا قامت بينة على التعدي بأدلةٍ من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

فمن السنة:

ما رواه بن صفوان بن أمية عن أبيه أن رسول الله ﷺ استعار منه أدرعاً يوم حنين، فقال:أغصب يا محمد؟ فقال: «لا، بل عارية مضمونة»[1].

وجه الاستدلال:

أن الرسول ﷺ أخبر في هذا الحديث أن العارية مضمونة، وقد ورد في السلاح وهو مما يخفى هلاكه، فيحمل الضمان فيه على ما يخفى هلاكه كالسلاح والحلي، ونحوها جمعاً بينه وبين حديث عمرو بن شعيب السابق[2].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بما سبق عند استدلال أصحاب القول الثاني به.

ومن المعقول:

أن القبض في العارية لمنفعة القابض، فجاز أن يتعلق به الضمان إذا كان مما يخفى هلاكه، كالقرض[3].

---

(١) سبق تخريجه ص٥٥٩.

(٢) بداية المجتهد ٢/ ٣١٤.

(٣) الإشراف ٢/ ٣٩.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه قياس مع الفارق؛ لأن القرض تمليك، والعارية إباحة على القول الراجح كما سبق[1]، فلا يصح قياس أحدهما على الآخر.

دليل القول الرابع:

لم أطلع على دليل لأصحاب هذا القول، ولكن لعلهم يستدلون على ذلك بحديث صفوان بن أمية الذي استدل بـه أصحاب القول الثاني، حيث سأل النبي ﷺ عن أخذه للأدرع هل هو غصب أو عارية؟ فأخبره ﷺ أنه عارية مضمونة، فكأنّ صفوان في هذه الحالة اشترط على النبي ﷺ الضمان.

ولكن قد سبقت مناقشة هذا الدليل في أدلة أصحاب القول الثاني.

الترجيح:

بعد إمعان النظر في هذه المسألة واستعراض أدلة كل قول فيها يتضح أن أكثر الأدلة لم تخل من ورود بعض المناقشات عليها، ولكن مع ذلك فالذي يظهر رجحانه فيها -والله أعلم بالصواب- والقول الأول القائل بأن العارية.

أمانة عند المستعير، فلا يضمنها إلا بتعدٍ أو تفريطٍ؛ لسلامة أكثر أدلتهم من المناقشات، وقوتها، ولأن العارية لما كانت أمانة في يد المستعير لزم أن يكون حكمها كسائر الأمانات، فلا تضمن إلا بتعدٍ أو

---

(١) ص٥٢١-٥٢٢.

تفريطٍ، ولأن التضمين المطلق يؤدي إلى التضييق على الناس في عدم الإقدام على طلب الاستعارة مع أن الحاجة داعية إليها، وهذا خلاف ما تهدف إليه الشريعة الإسلامية عموماً، ومشروعية الإعارة خصوصاً من التيسير على الناس، ودفع حاجاتهم.

سلسلة إصدارات
الحكمة



(١١)

تصرفات الأمين في العقود المالية

رسالة دكتوراة مقدمة لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

تأليف
الدكتور عبد العزيز بن محمد بن عبد الله الحجيلان

المجلد الثاني

الفصل الثالث
تصرفات ناظر الوقف[1]

ويشتمل على تمهيدٍ، وخمسة عشر مبحثاً:

التمهيد: وفيه الكلام على ملكية الوقف، وولاية النظر عليه.

المبحث الأول: استبدال الناظر للوقف.

المبحث الثاني: نقل الناظر للوقف من مكانه إلى محلة أو بلد آخر.

المبحث الثالث: تغيير الناظر للوقف عن هيئته.

المبحث الرابع: صرف الناظر لفاضل الوقف وكيفيته.

المبحث الخامس: استدانة الناظر على الوقف، وأخذه الأجرة على نظارته.

المبحث السادس: رهن الناظر للوقف.

---

(١) الوقف في اللغة: مصدر وَقَفَ، يقال: وقَفَ الشيء وأوقف، وحَبَّسَه وأحبسَه، وسبَّله، كله بمعنى واحد.
فالوقف هو الحبس والتسبيل.
الحبس هو المنع، وهو يدل على التابيد، يقال: وقَفَ فلان أرضه وقفا مؤبداً إذا جعلها حبيسا لا بتاع ولا تورث.
المطلع ص ٢٨٥، المغرب: مادة «حبس» ١/ ١٧٦-١٧٧، ومادة «وقف» ٢/ ٣٦٦، لسان العرب، مادة «أبد» ٣/ ٦٩).
في الشرع: تحبيس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته يصرف ريعه إلى جهة بر تقريباً إلى الله تعالى.
(التنقيح المشبع ص١٨٥، الإقناع للحجاوي ٣/ ٢).

المبحث السابع: توكيل الناظر غيره في النظارة على الوقف.

المبحث الثامن: تفويض ناظر الوقف غيره في الولاية على الوقف.

المبحث التاسع: إجارة الناظر للوقف.

المبحث العاشر: إعارة الناظر للوقف.

المبحث الحادي عشر: تبرع الناظر بفاضل ريع الوقف.

المبحث الثاني عشر: صرف الناظر ريع الوقف.

المبحث الثالث عشر: استخدام الناظر الوقف في غير ما وضع له.

المبحث الرابع عشر: انفراد أحد النظار بالتصرف إذا تعددوا.

المبحث الخامس عشر: تلف الوقف تحت يد الناظر، وضمانه.

التمهيد: ملكية الوقف، وولاية النظر عليه

المسألة الأولى: ملكية العين الموقوفة.

المسألة الثانية: ولاية النظر على الوقف.

المسألة الأولى: ملكية العين الموقوفة

من المناسب قبل الدخول في الكلام على تصرفات الناظر على الوقف التقديم لذلك ببيان من تنتقل إليه ملكية العين الموقوفة بعد وقفها، لأن هذه المسألة لها تأثير في تصرفات الناظر كما سيتضح إن شاء الله، وبيان ذلك كما يلي:

العين الموقوفة لا تخلو إما أن تكون على معين، وإما ألاَّ تكون كذلك، فتلك حالتان لكل حالة حكم خاص:

الحالة الأولى: أن تكون العين موقوفة على معين.

اختلف الفقهاء في ملكية العين في هذه الحالة على أربعة أقوال:

القول الأول: أن ملكية العين بعد وقفها تنتقل إلى الله -سبحانه وتعالى- أي لا يكون لها مالك من الآدميين.

وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية، وهو الصحيح من مذهبهم[(١)].

وبه قال بعض المالكية[(٢)]، وهو المذهب عند الشافعية[(٣)].

---

(١) شرح معاني الآثار ٤/ ٩٥، شرح فتح القدير ٦/ ٢٠٤، تبيين الحقائق ٣/ ٣٢٥، تنوير الأبصار ٤/ ٣٣٨.

(٢) تهذيب الفروق ٣/ ٢٣٤، التاج والإكليل ٦/ ٤٥.

(٣) الوجيز ص ٢٤٧، روضة الطالبين ٥/ ٣٤٢، مغني المحتاج ٢/ ٣٨٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٤٧.

وبه قال الإمام أحمد في رواية عنه، وبها أخذ بعض أصحابه[1].

القول الثاني: أن ملكية العين الموقوفة تنتقل بعد وقفها إلى الموقوف عليه، ولكن هذه الملكية لا تبيح التصرف في العين.

وهذا قول للشافعية[2]، وهو الرواية المشهورة عن الإمام أحمد، وهو المذهب عند أصحابه، وعليه جمهورهم[3].

القول الثالث: أن العين الموقوفة تبقى في ملكية الواقف، ولكن هذا الملك لا يبيح له التصرف في العين، ولا تورث منه.

وبهذا قال بعض الحنفية[4]، وهو قول للمالكية[5].

وقول ضعيف للشافعية[6]، وهو رواية عن الإمام أحمد[7].

القول الرابع: أن العين الموقوفة تبقى في ملكية الواقف ملكية تامة تبيح له التصرف في عينها، وتورث عنه.

---

(١) المغني ٦/ ١٨٩، المبدع ٥/ ٣٢٩، الإنصاف ٧/ ٣٨، القواعد النورانية ص ٢٦٩، المحرر ١/ ٣٧٠.

(٢) الوجيز ص ٢٤٧، روضة الطالبين ٥/ ٣٤٢، مغني المحتاج ٢/ ٣٨٩، تحفة المحتاج ٦/ ٢٧٣.

(٣) المغني ٦/ ١٨٩، قواعد ابن رجب ص ٤٢٦، مجموع الفتاوى ٣١/ ٢٣٣، المبدع ٥/ ٣٢٨، الإنصاف ٧/ ٣٨، المحرر ١/ ٣٧٠، منح الشفا الشافيات ٢/ ٥٩-٦٠.

(٤) المبسوط ١٢/ ٢٧، شرح فتح القدير ٦/ ٢٠٤، تبيين الحقائق ٣/ ٣٢٥، حاشية رد المحتار ٤/ ٣٣٩.

(٥) الإشراف ٢/ ٨٠، الفروق ٣/ ٢١٢، المنتقى شرح موطأ مالك ٦/ ١٢١، مواهب الجليل ٦/ ٤٥، الشرح الصغير ٢/ ٣١٠.

(٦) الوجيز ص ٢٤٧، روضة الطالبين ٥/ ٣٤٢، مغني المحتاج ٢/ ٣٨٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٤٧.

(٧) قواعد ابن رجب ص ٤٢٦، مجموع الفتاوى ٣١/ ٢٣٣، المبدع ٥/ ٣٢٩، الإنصاف ٧/ ٣٨.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة في الرواية الصحيحة عنه[١].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

ما رواه عبد الله[٢] بن عمر ﷺ أن عمر تصدق بمال له على عهد رسول الله ﷺ، وكان يقال له: ثَمْغٌ، وكان نخلاً، فقال عمر: يا رسول الله، إني استفدت مالا، وهو عندي نفيس، فأردت أن أتصدق به، فقال النبي ﷺ: «تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب، ولا يورث، ولكن ينفق ثمره»، فتصدق به عمر، فصدقته ذلك في سبيل الله[٣]. الحديث.

---

(١) المبسوط ١٢/ ٢٧، تبيين الحقائق ٣/ ٣٢٥، حاشية رد المحتار ٤/ ٣٣٧.

(٢) هو عبدالله بن عمر بن الخطاب العدوي، يكنى بأبي عبدالرحمن، ولد قبل الهجرة بعشر سنين، ونشأ في الإسلام، وهاجر مع أبيه إلى المدينة وشهد الخندق، ومؤتة، وفتح مكة وغيرها من المشاهد، وكان كثير الاتباع لآثار الرسول ﷺ، كف بصره في آخر حياته، وتوفي سنة ٧٣ هـ، وقيل ٧٤ هـ، وقيل غير ذلك.
(طبقات ابن سعد ٤/ ١٤٢، أسد الغابة ٣/ ٢٢٧-٢٣١، الإصابة ٤/ ١٠٧-١٠٩).

(٣) رواه البخاري في كتاب الشروط -باب الشروط في الوقف ٣/ ١٨٥. وفي كتاب الوصايا - باب وما للوصي أن يعمل في مال اليتيم وما يأكل منه بقدر عمله ٣/ ١٩٤، بهذا اللفظ، وفي باب الوقف كيف يكتب ٣/ ١٩٦.
ومسلم في كتاب الوصية -باب الوقف ٣/ ١٢٥٥-١٢٥٦، الحديث رقم ١٥.
وأبو داود في كتاب الوصايا - باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف ٣/ ١١٦-١١٧، الحديثان ٢٨٧٨،٢٨٧٩.
والترمذي في أبواب الأحكام- باب ما جاء في الوقف ٣/ ٤١٧، الحديث رقم ١٣٨٩.
والنسائي في كتاب الأحباس - باب كيف يكتب الحبس ٦٠٠٠/ ٢٣٠-٢٣١، الأحاديث ٣٥٩٧-٣٦٠١، بألفاظ متقاربة.

=

ومن المعلوم أن خصائص الملكية تخول صاحبها كل أنواع الانتفاع والتصرفات المشروعة في كل نوع من أنواع الملك بحسبه سواء أكان ذلك استهلاكاً للعين أم نقلاً للملكية، وهذا الحديث يبين أن الوقف لا سلطان لأحد على بيعه أو هبته أو إرثه، وهذا مما يدل على أنه لا ملك لأحدٍ عليه.

ثانياً: من المعقول:

١.القياس على العتق، وذلك بجامع إزالة الملك عن العين والمنفعة على وجه القربة بتملك المنفعة، فلم ينتقل إلى صاحبها بل إلى الله -سبحانه وتعالى-[١]، ولأن كلا منها سبب يزيل التصرف في الرقبة والمنفعة فأزال الملك[٢].

٢.القياس على المسجد، فكلاهما صدقة موقوفة قصد المتصدق الانتفاع بها على الدوام، ولا خلاف في أن المسجد لا ملك لأحد عليه، كما سيأتي. فكذلك ينبغي أن يكون الحكم فيما عداه من الأعيان الموقوفة[٣].

وابن ماجه في كتاب الصدقات - باب من وقف ٣/ ٨٠١، الحديث رقم ٢٣٩٦.

والبيهقي في كتاب الوقف- باب الصدقات المحرمة ٦/ ١٥٨-١٥٩، وباب جواز الصدقة المحرمة وإن لم تقبض ٦/ ١٦١.

والطحاوي في كتاب الحبة والصدقات - باب الصدقات الموقوفات ٤/ ٩٥.

وأحمد ٢/ ١٢-١٣،٥٥/ ١٢٥.

(١) المغني ٦/ ١٩٠، المبدع ٥/ ٣٢٩.

(٢) المغني ٦/ ١٩٠.

(٣) شرح فتح القدير ٦/ ٢٠٤.

٣. أن انتقال الملكية يفتقر إلى القبول، ولو كانت ملكية الوقف تنتقل إلى الموقوف عليه لافتقر إلى ذلك، ففي عدم افتقاره إليه دليل على عدم ملكيته[١].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. القياس على الصدقة، فكما أن المتصدق عليه يملك الصدقة، فكذلك الوقف يملكه الموقوف عليه، لأن كلا منهما إخراج مال على سبيل القربة[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الصدقة الموقوفة لا يصح إلحاقها بالصدقة المطلقة، لأن الموقوفة قد قيدت من قبل الشارع بعدم جواز التصرف بالعين بالبيع والهبة والإرث، وهذه القيود مخلة بالملكية، في حين أنه يجوز التصرف بالعين في الصدقة المطلقة بما يريد.

٢. أن الوقف سبب يزيل ملك الواقف إلى من يصح تمليكه على وجه لم يخرج المال عن ماليته، فوجب أن ينقل الملك إليه، كالهبة، والبيع[٣].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه صحيح أن الوقف سبب يزيل ملك الواقف،

---

(١) المبدع ٥/ ٣٢٩.

(٢) مغني المحتاج ٢/ :٣٨٩،تحفة المحتاج ٦/ ٢٧٣.

(٣) المغني ٦/ ١٩٠، منح الشفا الشافيات ٢/ ٦٠.

ولكن الشارع خصه بأحكام عن سائر المنتقلات، فجعل منفعته في جهة وعينه في جهة أخرى.

وأما قياسه على الهبة والبيع فهو قياس في مقابل نص -وهو ما سبق من حديث ابن عمر- فلا يعتد به.

٣. أن الوقف تمليك للعين والمنفعة جميعاً، لأنه لو كان تمليكاً للمنفعة المجردة لم يلزم، كالعارية والسكنى، ولم يزل ملك الواقف عنه، كالعارية[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن النبي ﷺ بين أنه بمجرد الوقف يخرج الموقوف عن الملكية، وذلك في قوله ﷺ لعمر: «تصدق بأصله لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، ولكن ينفق ثمره»[٢] ولا قياس مع النص.

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

١. ما جاء في حديث عبدالله بن عمر ﷺ أن النبي ﷺ قال لعمر: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها»[٣] أي الثمرة والغلة.

وجه الاستدلال:

حيث إن ظاهر هذا الحديث لا يوجب زوال الملك عن الرقبة، وإنما

---

(١) المغني ٦/ ١٩٠، منح الشفا الشافيات ٢/ ٦٠.

(٢) سبق تخريجه ص ٥٧٣.

(٣) سبق تخريجه ص ٥٧٣.

زوالها عن المنافع، لأن المعنى حبس الأصل على ما كان[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن آخر هذا الحديث يدل على زوال الملك، حيث جاء فيه: «فتصدق به عمر لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث»، فسلب عنه خاصية الملك وهي القدرة على التصرف في العين.

٢. أنه قد ثبت قول الرسول ﷺ لعمر: «تصدق»، وقوله: «حبس»، ومفهومهما مختلف، لأنه معنى: تصدق بأصلها، أي ملكه الفقير لله -سبحانه-، ومعنى حبس: احبسه أي على ما كان، ولا يمكن أن يراد بهما إلا معنى أحدهما، وإلا كان ﷺ مجيباً لعمر ﷺ في حادثة واحدة بأمرين متنافيين، فإما أن يحمل «حبس» على معنى «تصدق» والاتفاق على نفيه، إذ لا يقول أحد من الثلاثة بملك الفقير للعين، فوجب أن يحمل «تصدق» على معنى «حبس» وهو قول أبي حنيفة -رحمه الله-، فيحبس على الملك شرعاً، وإذا حبس عليه امتنع بيعه[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه لا فرق بين مفهومي «تصدق» و «حبس»، لأن اللفظتين مفهومهما واحد وهو منع الأصل عن التمليك، وتسبيل المنفعة، ولا يخفى أن «حبس» تدل على المنع والتأبيد، فكلاهما تدل

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ٣٨٩، تحفة المحتاج ٦/ ٢٧٣.

(٢) شرح فتح القدير ٦/ ٢٠٤.

على المنع من التصرف في العين على التأبيد في حين أن الثمرة مسبلة في أوجه الخير، ولا شك أن هذا من أنواع الصدقات.

ثانياً: من المعقول:

١. قياس الوقف على العارية، حيث إن المالك تصدق بالمنافع وألـزم نفسه ذلك، وليس في هذا إخراج للأصل من ملكه[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه قياس مع الفارق، لأن العين في الوقف يجوز أن تكون في يد الواقف إذا وقف على نفسه أو جعل النظارة لنفسه، بخلاف العارية فلابد من تسليم العين إلى المستعير؛ لينتفع بها.

٢. أن الوقف لا يوجب زوال الملك عن الواقف، ولذلك تلزمه الخصومة فيه[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الخصومة إنما تلزم الواقف باعتباره ناظراً عليه، لا باعتباره مالكاً له، ولهذا لو كان الناظر غير الواقف لزمته الخصومة دون الواقف.

أدلة القول الرابع:

أما أصحاب القول الرابع فاستدلوا بالأدلة الدالة على جواز الرجوع في الوقف، ومن أهمها ما يلي:

---

(١) الإشراف ٢/ ٨٠.

(٢) المبدع ٥/ ٣٢٩.

١. ما رواه ابن شهاب الزهري أن عمر بن الخطاب ﷺ قال: «لولا أني ذكرت صدقتي لرسول الله ﷺ أو نحو ذلك لرددتها»[1].

وجه الاستدلال:

أن قول عمر ﷺ هذا يدل على أن نفس الإيقاف للأرض لم يكن يمنعه من الرجوع فيها، وأنه إنما منعه من ذلك أن رسول الله ﷺ أمره فيها بشيء وفارقه على الوفاء به فكره أن يرجع عن ذلك، وهذا يدل على جواز الرجوع في الوقف[2].

مناقشة هذا الدليل:

نوقش من وجهين:

الوجه الأوّل: ناقشه ابن حجر بأنه منقطع، لأن ابن شهاب لم يدرك عمر[3].

الوجه الثاني: ناقشه ابن حزم بأنه يبعد جداً أن يكون عمر ﷺ ندم على قبول أمر رسول الله ﷺ وما اختاره له في تحبيس أرضه وتسبيل ثمرتها، كيف وهو الذي جاء يستشير رسول الله ﷺ في أمرها، والله -سبحانه وتعالى- يقول: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلْخِيَرَةُ مِنْ

(١) رواه الطحاوي في كتاب الهبة والصدقات -باب الصدقات الموقوفات ٤/ ٩٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) فتح الباري ٥/ ٤٠٢.

أَمْرِهِمْ﴾[١]، فحاش لعمر ﷺ أن يوصف بهذا[٢].

٢. ما رواه عبدالله[٣] بن زيد ﷺ أنه أتى إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، حائطي هذا صدقة، وهو إلى الله ورسوله، فجاء أبواه فقالا: يا رسول الله، كان قوام عيشنا، فرده رسول الله ﷺ إليهما، ثم ماتا، فورثهما ابنهما بعد[٤].

مناقشة هذا الدليل:

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أنه منقطع كما في تخريجه.

الوجه الثاني: ناقشه ابن قدامة، وابن مفلح بأنه ليس فيه ذكر الوقف، والظاهر أنه جعله صدقة غير موقوفة استناب فيها رسول الله ﷺ فرأى

---

(١) سورة الأحزاب، الآية ٣٦.

(٢) المحلى ٩/ ١٨٢.

(٣) هو عبدالله بن زيد بن ثعلبة، وقيل: ابن عبد ربه بن ثعلبة الخزرجي، الأنصاري، يكنى بأبي محمّد، شهد العقبة وبدرا، وقيل: لم يصح له حديث عن النبي ﷺ غير حديث الأذان، روى عن أبي بكر بن حزم ولم يدركه، وذكر ابن حجر عن ابنته بسند صحيح أنه قتل بأحد، وكذلك صححه الحاكم، وقيل: توفي سنة ٣٢ هـ.

(طبقات ابن سعد ٣/ ٥٣٦-٥٣٧، أسد الغابة ٣/ ١٦٥-١٦٦، الإصابة ٣/ ٧٢، الاستبصار ص ١٣٢-١٣٣).

(٤) رواه البيهقي في كتاب الوقف -باب من قال: لا حبس عن فرائض الله عز وجل ٦/ ١٦٣، واللفظ له، وقال: هذا مرسل، أبو بكر بن حزم لم يدرك عبدالله بن زيد، وروي من أوجه أخر عن عبدالله بن زيد كلهن مراسيل، والحديث وارد في الصدقة المنقطعة، وكأنه تصدق به صدقة تطوع وجعل مصرفها إلى اختيار رسول الله ﷺ، فتصدق بها رسول الله ﷺ على أبويه.

ما رواه ابن حزم في المحلى ٩/ ١٧٨، وقال: منقطع: لأن أبا بكر لم يلق عبدالله بن زيد قط.

والديه أحق الناس بصرفها إليهما، ولهذا لم يردها عليه وإنما دفعها إليهما، كما أنه يحتمل أن الحائط كان لهما، وكان هو المتصرف فيه بحكم النيابة عنهما، فتصرف هذا التصرف بغير إذنهما فلم ينفذاه، وأتيا رسول الله ﷺ فرده إليهما[1].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة- والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن ملكية العين بعد وقفها تنتقل إلى الله -سبحانه وتعالى- أي لا يكون لها مالك من الآدمي؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن هناك فرقاً بين الأصل وبين الثمرة، وقد ثبت أن الثمرة تخرج عن ملك الواقف إلى ملك الموقوف عليه، فدل على أن الأصل لا يكون ملكاً لهم، لأنه لو كان كذلك لم يجز فيه شرط المنع من التصرف بالبيع والهبة ونحو ذلك، ولأن من ملك غيره شيئاً لا يقال: حبسه.

الحالة الثانية: أن تكون العين الموقوفة نحو مسجد ومقبرة.

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن العين الموقوفة إذا كانت نحو مسجد ومقبرة فإنه لا ملك لأحد عليها.

حيث قال بذلك الحنفية[2]، والمالكية[3].

والشافعية[4]، والحنابلة[5].

---

(١) المغني ٦/ ١٨٧، المبدع ٥/ ٣٥٣.

(٢) حاشية رد المحتار ٤/ ٣٣٧.

(٣) الفروق ٢/ ١١١، مواهب الجليل ٦/ ٤٥، بلغة السالك ٢/ ٣٠٥.

(٤) روضة الطالبين ٥/ ٣٤٢.

(٥) مجموع الفتاوى ٣١/ ٣٤٢.

وممن نقل الاتفاق على ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية حيث قال: «وأما المسجد ونحوه فليس ملكا لمعين باتفاق المسلمين»(١).

وجاء في الفروق: «واتفق العلماء في المساجد أنها من باب الإسقاط والعتق لا ملك لأحدٍ فيها»(٢).

وجاء في حاشية رد المحتار: «.. ويشكل تعريف أبي حنيفة للوقف بالمسجد فإنه حبس على ملك الله تعالى بالإجماع»(٣).

الأدلة:

استدلوا على ذلك بالكتاب، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من الكتاب:

قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَأَنَّ ٱلْمَسَٰجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُواْ مَعَ ٱللَّهِ أَحَدًا ﴿١٨﴾﴾(٤).

ثانياً: من المعقول:

أن المساجد تقام فيها الجماعات، والجمعة وهي لا تقام في المملوكات(٥).

المسألة الثانية: ولاية النظر على الوقف

وفيها أمران:

---

(١) المرجع السابق.
(٢) الفروق ٢/ ١١١.
(٣) حاشية رد المحتار ٤/ ٣٣٧.
(٤) سورة الجن، الآية ١٨،
(٥) الفروق ٢/ ١١١.

الأمر الأول: نظر الواقف على الوقف.

الأمر الثاني: ولاية النظر على الوقف بعد الواقف.

الأمر الأول: نظر الواقف على الوقف

اختلف الفقهاء في ثبوت حق الواقف في النظر على الوقف، وذلك على قولين:

القول الأول: أن للواقف حق النظر على الوقف.

وهذا هو المذهب عند الحنفية(١)، وبه قال المالكية(٢).

وبعض الشافعية(٣)، وبعض الحنابلة(٤).

القول الثاني: أنه ليس للواقف حق النظر على الوقف.

وبهذا قال بعض الحنفية(٥)، وهو المذهب عند الشافعية(٦).

وبه قال أكثر الحنابلة(٧).

الأدلة:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من آثار الصحابة، والمعقول، وهي كما يلي:

---

(١) الإسعاف ص ٥٣، وقف هلال ص ١٠١، اللباب ٢/ ١٨٦، تنوير الأبصار ٤/ ٣٧٩، الفتاوى الهندية ٢/ ٤٠٨.

(٢) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ١٠١٧، البيان والتحصيل ١٢/ ٢٤٤، مواهب الجليل ٦/ ٣٧.

(٣) الوجيز ١/ ٢٤٨، روضة الطالبين ٥/ ٢٤٧.

(٤) الإنصاف ٧/ ٤٣.

(٥) شرح فتح القدير ٦/ ٢٣١، البحر الرائق ٥/ ٢٤٤، الهداية ٣/ ١٨.

(٦) مغني المحتاج ٢/ ٣٩٣، أسنى المطالب ٢/ ٤٧١.

(٧) منتهى الإرادات ٢/ ١٠-١١، الإقناع ٣/ ١٤، ١٦، الروض الندي ص ٢٩٩.

أولاً: من آثار الصحابة:

أن الصحابة -رضي الله عنهم- أجمعين. كانوا يتولون النظر على أوقافهم بأنفسهم حتى توفوا.

قال الإمام الشافعي -رحمه الله-: «أخبرني غير واحد من آل عمر وآل علي أن عمر ولي صدقته حتى مات وجعلها بعده إلى حفصة(١)، وولي علي صدقته حتى مات ووليها بعده الحسن(٢) بن علي رضي الله عنهما، وأن فاطمة(٣) بنت رسول الله ﷺ وليت صدقتها حتى ماتت، وبلغني عن غير واحد من الأنصار أنه ولي صدقته حتى مات»(٤).

وقال أيضاً -رحمه الله-: «ولقد حفظنا الصدقات عن عددٍ كثير من

---

(١) هي أم المؤمنين حفصة بنت عمر بن الخطاب ﷺ، كانت من المهاجرات، وكانت قبل رسول الله ﷺ تحت خنيس بن حذافة السهمي، فلما توفي عرضها عمر على أبي بكر، ثم على عثمان، فلم يقبلا، ثم خطبها رسول الله ﷺ فتزوجها، وتوفيت حين بايع الحسن معاوية سنة ٤١ هـ وقيل سنة ٤٥هـ.
(طبقات ابن سعد ٨/ ٨١، أسد الغابة ٥/ ٤٢٥-٤٢٦، الاستيعاب ٥/ ١٨١١-١٨١٢).

(٢) هو الحسن بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهما سبط رسول الله ﷺ وريحانته، وأمه فاطمةبنت رسول الله ﷺ سيدة نساء العالمين، وهو سيد شباب أهل الجنة، ولي الخلافة بعد مقتل أبيه في رمضان سنة ٤٠ هـ، وبقي فيها سبعة أشهر ثم تنازل عنها لمعاوية، وتوفي سنة ٤٩ هـ وقيل ٥٠ هـ، وقيل غير ذلك.
أسد الغابة ٢/ ٩-١٥، الإصابة ٢/ ١١-١٣).

(٣) هي فاطمة بنت رسول الله ﷺ سيدة نساء العالمين، قال ابن الأثير: ما عدا مريم بنت عمران، أمها خديجة بنت خويلد، وكانت أحب الناس إلى رسول الله ﷺ، زوجها من علي بن أبي طالب ﷺ، فولدت له الحسن والحسين رضي الله عنهما وتوفيت بعد رسول الله ﷺ بستة أشهر على القول الصحيح كما ذكر ابن الأثير.
(طبقات ابن سعد ٨/ ١٩، أسد الغابة ٥/ ٥١٩-٥٢٥، الاستيعاب ٥/ ١٨٩٣-١٨٩٩).

(٤) الأم ٤/ ٦١.

المهاجرين والأنصار، لقد حكى لي عدد كثير من أولادهم وأهليهم أنهم لم يزالوا يلون صدقاتهم حتى ماتوا ينقل ذلك العامة منهم عن العامة لا يختلفون فيه وإن كان أكبر ما عندنا بالمدينة ومكة من الصدقات لكما وصفت لم يزل يتصدق بها المسلمون من السلف يلونها حتى ماتوا، وأن نقل الحديث فيها كالتكلف»[1].

ثانياً: من المعقول:

قياس ولاية الواقف على وقفه على ولاية رب المال قسمة ما وجب عليه من الزكاة، وذلك أنه إذا ثبت الحق في الولاية على الصدقة لمن وجبت عليه فإنه من باب الأولى أن يثبت له ذلك الحق على الصدقة التطوعية، وهي هنا الوقف[2].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

قياس الواقف على سائر الأجانب في المنع من النظارة على الوقف إلا بتعيين، وذلك أن الواقف لما حبس العين وسلمها للقيم فقد أخرجها عن ملكه ويده، وصار هو وسائر الأجانب فيه سواء، وكما أن التدبير في الوقف ليس إلى سائر الأجانب، فكذلك لا يكون التدبير إلى الواقف[3].

---

(١) الأم ٤/ ٥٥.

(٢) وقف هلال ص ١٠١.

(٣) السير الكبير ٥/ ٢١١٠.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه قياس مع الفارق، لأن الواقف لـه تعلق بالوقف بخلاف الأجنبي، فهو إنما وقف العين لتكون لـه صدقة جارية على الدوام ويعنيه دوام عينها؛ لأن من لازم ذلك استمرار الثواب العائد عليه، وفي تعطلها منعاً لجريان الصدقة فكان من حقه رعاية الوقف، بخلاف الأجنبي فلا حق له في تلك العين.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة- والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن للواقف حق النظر على الوقف؛ لقوة ما استدلوا به خاصة فعل الصحابة -رضي الله عنهم-، بل إن النبي ﷺ لما أشار على عمر بوقف أرضه لم يذكر له أنه لا يصح ذلك حتى يخرجها عن يده ولا يلي نظرها، فدل ذلك على صحة بقائها في يده تحت ولايته؛ لأن تأخير البيان من وقت الحاجة لا يجوز[1].

الأمر الثاني: ولاية النظر على الوقف بعد الواقف

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أنه يستحق ولاية النظر على الوقف بعد الواقف من يشترطه الواقف سواء أكان من الموقوف عليهم أم من غيرهم.

فقد قال بذلك الحنفية[2]، والمالكية[1].

---

(١) المستصفى ١/ ٣٦٨، الإحكام في أصول الأحكام ٣/ ٣٢، روضة الناظر ص ٩٦.
(٢) أوقاف الخصاف ص ٢٠٢، حاشية رد المحتار ٤/ ٤٢٢-٤٢٣.

والشافعية[٢]، والحنابلة[٣].

الأدلة:

استدلوا على ذلك بآثار الصحابة، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من آثار الصحابة:

١. ما جاء في أثر عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال في وقفه: (..تليه حفصة ما عاشت، ثم يليه ذوو الرأي من أهلها، أن لا يباع ولا يشترى، ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذي القربى، ولا حرج على من وليه إن أكل أو آكل أو اشترى رقيقاً منه)[٤].

٢. ما روي عن علي بن أبي طالب ﷺ أنه شرط النظر لابنه الحسن، ثم لابنه الحسين[٥]- رضي الله عنهما-[٦].

---

(١) البيان والتحصيل ١٢/ ٢٥٥-٢٥٦، القوانين الفقهية ص ٣٧٦-٣٧٧، مواهب الجليل ٦/ ٣٧، بلغة السالك ٢/ ٣٠٥.

(٢) روضة الطالبين ٥/ ٣٤٦-٣٤٧، مغني المحتاج ٢/ ٣٩٣، الوجيز ص ٢٤٨.

(٣) المغني ٦/ ٢٤٢، المبدع ٥/ ٣٣٤-٣٣٧، غاية المنتهى ٢/ ٣٠٢.

(٤) رواه أبو داود في كتاب الوصايا -باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف ٣/ ١١٧، الحديث رقم ٢٨٧٩، واللفظ له، وسكت عنه.
البيهقي في كتاب الوقف -باب الصدقات المحرمات ٦/ ١٦٠.

(٥) هو الحسين بن علي بن أبي طالب ﷺ سبط رسول الله ﷺ وريحانته، وأمه فاطمة بنت رسول الله ﷺ سيدة نساء العالمين، سيد شباب أهل الجنة، ولد بعد الحسن بسنة وعشرة أشهر، كان فاضلاً كثير الصوم والصلاة والحج وأفعال الخير جميعها، وقتل يوم عاشوراء من سنة إحدى وستين بكربلاء.
(أسد الغابة ٢/ ١٨-٢٢، الإصابة ٢/ ١٤-١٧).

(٦) رواه الشافعي في كتابه الأم ٤/ ٦١، وقال التهانوي: «ذكره الإمام الشافعي في الأم هكذا معلقا، وتعليق مثله حجة».
(إعلاء السنن ١٣/ ١٤٧).

وجه الاستدلال بهذين الأثرين:

يمكن توجيه الاستدلال بهما بأن عمر ﷺ شرط النظر على وقفه لابنته حفصة، ثم إلى ذوي الرأي من أهلها، وعلي ﷺ شرط النظر على وقفه لابنه الحسن ثم الحسين، وهذا يدل على أنه يستحق النظر على الوقف من يشترطه الواقف؛ لأنه لو لم يكن كذلك لما كان لاشتراطهما فائدة.

ثانياً: من المعقول:

القياس على مصرف الوقف، فكما أن مصرفه يتبع فيه شرط الواقف، كذلك النظر فيه(١).

أما إذا لم يشترط الواقف النظر لأحدٍ فإن الوقف لا يخلو من إحدى حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الوقف على غير محصورين كالفقراء والمساكين، أو على مسجد، أو مدرسة، ونحو ذلك.

فالظاهر من كلام الفقهاء في هذه الحالة أن النظر على الوقف يكون للقاضي خاصة.

قال الدردير: «إن لم يجعل ناظراً، فإن كان المستحق معيناً رشيداً فهو الذي يتولى أمر الوقف، وإن كان غير رشيد فوليه، وإن كان المستحق غير معين -كالفقراء -فالحاكم يولي عليه من شاء، وأجرته من ريعه،

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ٣٩٣، المغني ٦/ ٢٤٢، المبدع ٥/ ٢٣٥.

وكذا إن كان الوقف على كمسجد»[1].

وقال المرداوي: «محل الخلاف إذا كان الموقوف عليه معيناً، أو جمعاً محصوراً، فأما إن كان الموقوف عليهم غير محصورين -كالفقراء والمساكين- أو على مسجد أو مدرسة، أو قنطرة أو رباط، أو نحو ذلك، فالنظر فيه للحاكم قولاً واحداً»[2].

الدليل:

استدلوا بما يلي:

أن الوقف في هذه الحالة ليس له مالك متعين ينظر فيه، فيكون النظر فيه للقاضي[3].

الحالة الثانية: أن يكون الوقف على معين محصور.

وفي هذه الحالة اختلف الفقهاء فيمن يستحق النظر على الوقف، وذلك على قولين:

القول الأول: أن النظر على الوقف إذا كان الموقوف عليه معيناً محصوراً يستحقه القاضي، وله أن يولي عليه من يشاء.

وهذا هو القول المفتى به عند الحنفية[4]، وهو المذهب عند

---

(١) الشرح الكبير ٤/ ٨٨.

(٢) الإنصاف ٧/ ٦٩، وانظر أيضاً: المغني ٦/ ٢٤٣.

(٣) المغني ٦/ ٢٤٣.

(٤) البحر الرائق ٥/ ٢٥١، الإسعاف ص ٥٤، مجمع الأنهر ١/ ٧٥١، حاشية رد المحتار ٤/ ٤٠٦.

الشافعية[١]، وبه قال بعض الحنابلة[٢].

القول الثاني: أن النظر على الوقف إذا كان الموقوف عليه معيناً محصوراً يستحقه الموقوف عليه.

وبهذا قال بعض الحنفية[٣]، وبه قال المالكية[٤].

وبعض الشافعية[٥]، وهو المذهب عند الحنابلة[٦].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن ملكية الوقف تنتقل إلى الله -سبحانه وتعالى-، فالحاكم ينوب فيه ويصرفه إلى مصارفه، لأنه مال الله، فكان النظر فيه إلى حاكم المسلمين، كالوقف على المساكين[٧].

٢. أن النظر على الوقف يتعلق به حق الموجودين من الموقوف عليهم، وحق من يأتي من البطون، فلا يستقل به الموجود، بل يكون نظره إلى الحاكم[٨].

---

(١) روضة الطالبين ٥/ ٣٤٧، مغني المحتاج ٢/ ٣٩٣، أسنى المطالب ٢/ ٤٧١.
(٢) المغني ٦/ ٢٤٢، القواعد لابن رجب ص٤٢٧، الفروع ٤/ ٥٩٠، الإنصاف ٧/ ٦٩.
(٣) حاشية الطحطاوي ٢/ ٥٥٢، حاشية رد المحتار ٤/ ٤٠٥-٤٠٦.
(٤) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٨٨، الشرح الصغير ٢/ ٣٠٥، مواهب الجليل ٦/ ٣٧.
(٥) روضة الطالبين ٥/ ٣٤٧، مغني المحتاج ٢/ ٣٩٣.
(٦) المغني ٦/ ٢٤٢، المحرر ١/ ٣٧٠، الفروع ٤/ ٥٩٠، الإنصاف ٧/ ٦٩، الروض الندي ص ٢٩٩.
(٧) مغني المحتاج ٢/ ٣٩٣، أسنى المطالب ٢/ ٤٧١، المغني ٦/ ٢٤٢-٢٤٣، المبدع ٥/ ٣٣٧.
(٨) المبدع ٥/ ٣٣٧.

٣.أن للقاضي النظر العام، فكان أولى بالنظر في الوقف[١].

دليل القول الثاني:

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الوقف ملك للموقوف عليه، ونفعه له، فكان نظره إليه، كملكه المطلق[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن الوقف ملك للموقوف عليه، بل الراجح أنه ملك لله -سبحانه وتعالى- كما سبق، فيكون نظره إلى القاضي.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن النظر على الوقف إذا كان الموقوف عليه معيناً محصوراً يستحقه القاضي، وله أن يولي عليه من يشاء؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن الراجح -كما سبق- أن ملكية العين الموقوفة تنتقل إلى الله -سبحانه وتعالى- لا إلى الموقوف عليه، فلا يملك الموقوف عليه التصرف في شيء لا يملكه، فملكه خاص بالمنفعة، ولأن إعطاء الموقوف عليه النظر على الوقف قد يؤدي إلى عدم المبالاة بعين الوقف، فيكون هدفه تحصيل أقصى ما يمكن من الغلة والمنفعة ولو أدى ذلك إلى الإضرار بالعين.

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ٣٩٣، أسنى المطالب ٢/ ٤٧١.

(٢) روضة الطالبين ٥/ ٣٤٧، المغني ٦/ ٢٤٢، المبدع ٥/ ٣٣٧.

المبحث الأول
استبدال[1] الناظر للوقف

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: حكم اشتراط الواقف الاستبدال.

المطلب الثاني: استبدال الوقف إذا لم تتعطل منافعه.

المطلب الثالث: استبدال الوقف إذا تعطلت منافعه.

المطلب الرابع: استبدال المساجد.

المطلب الخامس: استبدال الوقف المنقول.

المطلب السادس: شروط استبدال الوقف عند القائلين بملكية الناظر له.

المطلب السابع: حكم استبدال الوقف إذا شرط الواقف عدم استبداله عند القائلين بملكية الناظر له (أي للاستبدال).

---

(١) الاستبدال والإبدال في أصل اللغة جعل شيء مكان شيء آخر، يقال: أبدلته بكذا إبدالا (أي نحيت الأول وجعلت الثاني مكانه، وتبدل الشيء وتبدل به واستبدل به أي اتخذ منه بدلا.
(لسان العرب مادة «بدل» ١١/ ٤٨، المصباح المنير مادة «بدل» ص ٣٩).
أما الفقهاء فيطلقون كلمة إبدال الوقف، أو استبدال الوقف، أو المناقلة في الأوقاف ويريدون بها تنحية عين الوقف سواء أكانت عقارا أم منقولا وأخذ عين أخرى مكانها، لتكون العين الثانية مكان الأولى.
لذا كتب ابن نجيم الحنفي رسالة في هذا سماها: «تحرير الكلام في مسألة الاستبدال»، كما كتب ابن قاضي الجبل الحنبلي رسالة أخرى سماها: «المناقلة بالأوقاف».

المطلب الأول: حكم اشتراط الواقف الاستبدال

لما كان قصد الواقف استمرار الانتفاع بالموقف فقد يشترط -حرصاً منه على ذلك- الحق للناظر في استبداله عند تعطل منافعه أو نقصانه، ولكن إذا فعل ذلك هل يصح هذا الشرط، أو لا، وهل له تأثير، أو لا؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الوقف صحيح ولا أثر لذلك الشرط.

وبهذا قال بعض الحنفية[1]، وبعض الحنابلة[2].

القول الثاني: أنه يصح الوقف والشرط معاً.

وهذا هو القول الصحيح عند الحنفية[3]، وبه قال المالكية[4].

به قال بعض الشافعية[5]، وبعض الحنابلة[6]، إذا كان الشرط عند الخراب.

---

(١) المبسوط ١٢/ ٤١-٤٢، وقف هلال ص ٩١، البحر الرائق ٥،٢٣٩، العناية على الهداية للبابرتي ٦/ ٢٢٧.

(٢) الإنصاف ٧/ ٢٦، مطالب أولي النهى ٤/ ٢٩٥.

(٣) البحر الرائق ٥/ ٢٣٩، وقف هلال ص ٩١، حاشية رد المحتار ٤/ ٣٤٢، الإسعاف ص ٣٥، مجمع الأنهر ١/ ٧٦٣.

(٤) مواهب الجليل ٦/ ٣٣.

(٥) الابتهاج ٤/ل ١٥١/أ.

(٦) الإنصاف ٧/ ٢٦.

القول الثالث: أنه يبطل الوقف والشرط معاً.

وبهذا قال بعض الحنفية(١)، وجمهور الشافعية(٢).

وبعض الحنابلة(٣).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

ما روته عائشة -رضي الله عنها- أن النبي ﷺ قال: «ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق»(٤).

وجه الاستدلال:

أن الرسول ﷺ أبطل في هذا الحديث الشرط ولم يبطل العقد، وذلك

---

(١) الإسعاف ص ٣٥.

(٢) الابتهاج ٤/ ل ١٥١/ أ، نهاية المحتاج ٥/ ٣٧٦.

(٣) الإنصاف ٧/ ٢٦.

(٤) هذا جزء من حديث قصة بريرة الذي رواه البخاري في كتاب الشروط -باب الشروط في الولاء ٣/ ١٧٧، واللفظ له.
ومسلم في كتاب العتق -باب إنما الولاء لمن أعتق ٢/ ١١٤١-١١٤٣، الأحاديث ٦-٨، بألفاظ متقاربة.
والنسائي في كتاب البيوع -باب بيع المكاتب ٥/ ٣٠٥، حديث رقم ٤٦٥٥، وفي باب المكاتب يبيع قبل أن يقضي من كتابته شيء ٥/ ٣٠٥-٣٠٦، حديث رقم ٤٦٥٦.
ومالك في الموطأ في كتاب العتق والولاء -باب الولاء لمن أعتق ٢/ ٧٨٠-٧٨١، حديث رقم ١٧.

في البيع، فيقاس عليه اشتراط استبدال الوقف، فيبطل الشرط ويصح الوقف[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن مقتضى هذا الدليل قياس الشرط في الوقف على الشرط في البيع، وهو قياس مع الفارق؛ لأن البيع عقد معاوضة والوقف عقد تبرع، ولا يصح قياس عقد التبرع على عقد المعاوضة.

ثانياً: من المعقول:

١. أن استبدال الوقف في حالة خرابه ضرورة ومنفعة للموقوف عليهم، ليبقى الوقف صدقة جارية، فلا أثر لاشتراط أمر ثابت ومقرر[٢].

٢. أن اشتراط الاستبدال لا يؤثر في المنع من زوال الوقف، لأنه نقل وتحويل، والوقف يتم بذلك ولا ينعدم به معنى التأبيد في أصل الوقف، فيتم الوقف بشروطه، ويبقى الاستبدال شرطاً فاسداً[٣].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن هذا شرط لا يبطل حكم الوقف؛ لأن الوقف مما يحتمل الانتقال من أرضٍ إلى أرضٍ أخرى في حالة الخراب[٤].

---

(١) مطالب أولي النهى ٤/ ٢٩٥.

(٢) الفروع ٤/ ٦٢٦، الإنصاف ٧/ ٢٦.

(٣) المبسوط ١٢/ ٤٢.

(٤) الإسعاف ص ٣٥.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه دليلٍ على صحة الوقف ولا إشكال في ذلك، لكنه لا يستقيم دليلا على صحة الشرط؛ لأنه لا ينبغي الحكم على كل شرط لا يبطل حكم الوقف بالصحة، فقد يوجد مانع آخر من صحته، وهو هنا انعدام بعض الشرط، حيث وجد المشروط مع انعدام الشرط.

٢. أن إلغاء الشرط إبطال للعمل بموجبه، والبيع عند الخراب ثابت، والثابت اشتراطه تأكيد له[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه لا شك أن إلغاء الشرط إبطال للعمل بموجبه، لكنه لم يقم الشرط أصلاً في هذه المسألة حتى يكون له موجب، لأن الموجب ثابت بدون ذلك الشرط، فلا حاجة إليه، ولا أثر له، ولا يصح تسمية الثابت مشروطاً، لأن الشرط في الاصطلاح: هو ما لا يوجد المشروط مع عدمه، ولا يلزم أن يوجد عند وجوده[2].

وبيع الخراب موجود مع عدم الشرط كما سيأتي، فلو حكم بأن اشتراط الثابت يسمى شرطاً للزم انعدام هذا الثابت مع عدم الشرط، وليس الأمر هنا كذلك فإن هذا الثابت ثابت ولو لم يوجد الشرط، فإذا كان كذلك تبين أنه لا أثر للشرط في هذه الحالة، لأن الاستبدال ضرورة منفعة للموقوف عليهم[3].

---

(١) كشاف القناع ٤/ ٢٧٩.

(٢) روضة الناظر ص ١٣٥، المطلع ص ٥٤.

(٣) الفروع ٤/ ٦٢٦، الإنصاف ٧/ ٦٢.

دليل القول الثالث:

يمكن الاستدلال لأصحاب هذا القول بما يلي:

أن استبدال الوقف ينافي مقتضى الوقف الذي هو عدم جواز بيعه، فإذا أجيز استبداله فقد أجيز بيعه.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن هذا الشرط لا ينافي مقتضى الوقف حتى يقال بعدم صحة الوقف معه؛ لأن الوقف مما يحتمل الانتقال من أرض إلى أخرى في حالة خرابه، والبيع المنافي للوقف وهو التأبيد هو ما يقتضي الرجوع في الوقف دون شراء غيره بقيمته، أما الاستبدال فإن الوقف لا يزال قائماً بعده.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بصحة الوقف وعدم تأثير شرط استبداله؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن القول بصحة الشرط لم ينطبق عليه الحد الشرعي للشرط، حيث وجد المشروط مع انعدام الشرط، وذلك أن الاستبدال في حالة الخراب ضرورة ومنفعة للموقوف عليهم يتعين المصير إليها دون نظر إلى اشتراط ذلك أو عدمه.

المطلب الثاني: استبدال الناظر للوقف إذا لم تتعطل منافعه

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: استبدال الوقف إذا لم يكن هناك مصلحة.

المسألة الثانية: استبدال الوقف إذا كان هناك مصلحة راجحة.

المسألة الأولى: استبدال الناظر للوقف إذا لم يكن هناك مصلحة راجحة

ومعنى ذلك ألا يكون في استبدال الوقف بغيره فائدة ظاهرة أكثر من فائدة إبقائه، بل لا يكون في الاستبدال فائدة، أو يكون فيه فائدة يسيرة، فهل يملك الناظر الاستبدال، أو لا يملكه؟.

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على عدم ملكية الناظر لاستبدال الوقف إذا لم تتعطل منافعه، ولم يكن هناك مصلحة راجحة في استبداله.

فقد قال بذلك الحنفية[1]، والمالكية[2].

والشافعية[3]، والحنابلة[4].

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «ولا يجوز أن يبدل الوقف بمثله لفوات التعيين بلا حاجة»[5].

الأدلة:

استدلوا بأدلةٍ من السنة، والمعقول:

أولاً: من السنة:

ما رواه عبدالله بن عمر -رضي الله عنهما- أن عمر تصدق بمال له

---

(١) البحر الرائق ٥/ ٢٢٣، حاشية رد المحتار ٤/ ٣٨٤.

(٢) البيان والتحصيل ١٢/ ٢٠٤، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ١٠١٣، ١٠٢٠، الفواكه الدواني ٢/ ٢٢٥، الشرح الصغير ٢/ ٣٠٨.

(٣) فتاوى الرملي بهامش فتاوى ابن حجر الهيتمي ٣/ ٦٦-٦٧، المجموع ٩/ ٢٤٥، حلية العلماء ٤/ ٦٦.

(٤) مسائل الإمام أحمد لابنه صالح ١/ ٢٦١، المغني ٦/ ٢٢٧، الفروع ٤/ ٦٢٢، المبدع ٥/ ٣٥٣، الإنصاف ٧/ ١٠١، الاختيارات الفقهية ص ١٨٢.

(٥) الاختيارات الفقهية ص ١٨٢.

على عهد رسول الله ﷺ وكان يقال له: ثمغ، وكان نخلاً، فقال عمر: يا رسول الله إني استفدت مالاً، وهو عندي نفيس، فأردت أن أتصدق به، فقال النبي ﷺ: «تصدق بأصله لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، ولكن ينفق ثمره» فتصدق به عمر، فصدقته ذلك في سبيل الله، وفي الرقاب، والمساكين والضيف، وابن السبيل، ولذي القربى، ولا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف أو يوكل صديقه غير متمول به[(١)].

الشاهد من الحديث قوله ﷺ: «لا يباع».

وهذا الحديث واضح الدلالة.

ثانياً: من المعقول:

أن مقتضى الوقف التأبيد، وتحبيس الأصل، بدليل أن ذلك من بعض ألفاظه والتصرف في رقبته ينافي ذلك، فلا يجوز[(٢)].

المسألة الثانية: استبدال الناظر للوقف إذا كان هناك مصلحة راجحة

المقصود بالمصلحة الراجحة أن يكون بدله خيراً منه للواقف والموقوف عليه، كأن تقل منافعه ويكون غيره أنفع منه، وأكثر دراً على أهل الوقف، فهل يملك الناظر استبداله، أو لا يملكه؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الناظر يملك استبدال الوقف إذا كان هناك مصلحة راجحة.

---

(١) سبق تخريجه ص ٥٧٣.

(٢) الكافي لابن قدامة ٢/ ٤٥٤.

وبهذا قال بعض الحنفية[١]، وبعض الشافعية[٢].

وبعض الحنابلة[٣]، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية[٤].

القول الثاني: أن الناظر لا يملك استبدال الوقف وإن كان هناك مصلحة راجحة ما دامت منافعه قائمة.

وهذا هو القول الصحيح عند الحنفية[٥]، وبه قال المالكية[٦].

وجمهور الشافعية[٧]، وجمهور الحنابلة[٨].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من السنة، والآثار، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

١. ما روته عائشة -رضي الله عنها- أن رسول الله ﷺ قال لها: «يا

---

(١) فتاوى قاضيخان ٣/ ٣٠٠، البحر الرائق ٥/ ٢٢٣،٢٤١، شرح فتح القدير ٦/ ٢٢١.

(٢) ذكر هذا القول لهم شيخ الإسلام ابن تيمية في مجموع فتاواه ٣١/ ٢٥٣، ولم أطلع عليه فيما بين يدي من كتبهم.

(٣) مجموع الفتاوى ٣١/ ٢٥٣، المبدع ٥/ ٣٥٤، الإنصاف ٧/ ١٠١، المناقلة بالأوقاف ص ٩.

(٤) الاختيارات الفقهية ص ١٨٢.

(٥) البحر الرائق ٥/ ٢٢٣، حاشية رد المحتار ٤/ ٣٨٤، شرح فتح القدير ٦/ ٢٢٨.

(٦) البيان والتحصيل ١٢/ ٢٠٤، الفواكه الدواني ٢/ ٢٢٥، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ١٠١٣،١٠٢٠.

(٧) فتاوى الرملي بهامش فتاوى ابن حجر الهيتمي ٣/ ٦٦-٦٧.

(٨) المغني ٦/ ٢٢٧، مجموع الفتاوى ٣١/ ٢٥٢، الإنصاف ٧/ ١٠١.

عائشة لولا أن قومك حديث عهد بجاهلية لأمرت بالبيت فهدم، فأدخلت فيه ما أخرج منه وألزقته بالأرض، وجعلت له بابين باباً شرقياً وباباً غربياً، فبلغت به أساس إبراهيم..»[1] الحديث.

وجه الاستدلال:

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «ومعلوم أن الكعبة أفضل وقف على وجه الأرض، ولو كان تغييرها وإبدالها بما وصفه ﷺ واجباً لم يتركه، فعلم أنه كان جائزاً، وأنه كان أصلح لولا ما ذكره من حدثان عهد قريش بالإسلام، وهذا فيه تبديل بنائها ببناء آخر، فعلم أن هذا جائز في الجملة، وتبديل التالفِ بتالفٍ آخر هو أحد أنواع الأبدال»[2].

وقال ابن قاضي الجبل[3]: «هذا الحديث دل على مساغ مطلق

---

(١) رواه البخاري في كتاب الحج -باب فضل مكة وبنيانها ٢/ ١٥٦،١٥٧. وبهذا اللفظ والفاظ نحوه، وفي كتاب التفسير -تفسير سورة البقرة -باب ﴿وَٱتَّخِذُواْ مِن مَّقَامِ إِبْرَٰهِـۧمَ مُصَلًّى﴾ ٥/ ١٥٠.

ومسلم في كتاب الحج -باب نقض الكعبة وبنائها ٢/ ٩٦٨-٩٧٢، الأحاديث ٣٩٨-٤٠٤.

والنسائي في كتاب الحج -باب بناء الكعبة ٥/ ٢١٤،٢١٥، الأحاديث ٢٩٠٠-٢٩٠٣.

ومالك في الموطأ في كتاب الحج -باب ما جاء في بناء الكعبة ١/ ٣٩٣،٣٩٤، الحديث رقم ١٠٤.

وأحمد ٦/ ١٧٩-١٨٠.

(٢) مجموع الفتاوى ٣١/ ٢٤٤.

(٣) هو أحمد بن الحسن بن عبدالله بن الشيخ أبي عمر المقدسي، شرف الدين أبو العباس، المعروف بابن قاضي الجبل، من تلاميذ شيخ الإسلام ابن تيمية، وقد كان من أهل البراعة والفهم والرياسة في العلم، عالما بالحديث، والنحو، والفقه، وغير ذلك، له مصنفات منها: الفائق، والمناقلة بالأوقاف، تنقيح الأبحاث في رفع التيمم للأحداث، توفي سنة ٧٧١ هـ.

(الذيل على طبقات الحنابلة ٢،٤٥٣-٤٥٤، المقصد الأرشد ١/ ٩٢-٩٥، الجوهر المنضد ص ١٢٣-١٢٤، ومختصر طبقات الحنابلة ص ٧١).

الإبدال في الأعيان الموقوفات للمصالح الراجحات»[١].

٢. ما رواه عبدالله بن عمر ﷺ قال: حملت على فرس في سبيل الله، فأضاعه الذي كان عنده، فأردت أن أشتريه منه، وظننت أنه بائعه برخص، فسألت عن ذلك النبي ﷺ، فقال: «لا تشتره وإن أعطاكه بدرهم واحد، فإن العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه»[٢].

وجه الاستدلال:

قول عمر ﷺ في الحديث: (فأضاعه) يقتضي أن الذي كان عنده قد قصر في حقه حتى ضعف، فبيع، لضياعه وضعفه، ولم ينكر الرسول ﷺ ذلك، لكنه نهى عمر ﷺ عن شرائه؛ لتصدقه به.

والظاهر من الحمل في سبيل الله أن المراد بذلك حقيقة الحبس، بل هو المتبادر من الحديث، خصوصاً وقد سماه (صدقة) في قوله: «ولا تعد في صدقتك»، ولفظ الصدقة من ألفاظ الوقف، كما في حديث عمر ﷺ (فتصدق بها عمر)[٣]، فالتمسك بذكر الهبة إنما هو لمشابهة الوقف لله؛ لما في الارتجاع في العين بعد خروجها[٤].

---

(١) المناقلة بالأوقاف ص ٤٣.

(٢) رواه البخاري في كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها - باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبة وصدقته ٣/ ١٤٣.

ومسلم في كتاب الهبات -باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به ممن تصدق به ٣/ ١٢٣٩، الحديثان ١-٢.

(٣) هذا جزء من حديث عمر الذي سبق تخريجه ص ٥٧٣.

(٤) المناقلة بالأوقاف ص ٥٠.

ثانياً: من الآثار:

١. ما رواه يزيد[1] بن هارون، قال: حدثنا المسعودي[2]، عن القاسم[3] قال: لما قدم عبدالله بن مسعود ﷺ يعني إلى الكوفة كان سعد[4] بن مالك قد بنى القصر، واتخذ مسجداً عند أصحاب التمر، قال: فنقب بيت المال، فأخذ الرجل الذي نقبه فكتب فيه إلى عمر بن الخطاب فكتب عمر ﷺ: ألا تقطع الرجل، وانقل المسجد واجعل بيت المال في قبلته، فإنه لن يزال في المسجد مصل، فنقله عبدالله فخط له هذه الخطة[5].

---

(١) هو يزيد بن هارون بن وادي، ويقال: زاذان بن ثابت السلمي، يكنى بأبي خالد، ولد سنة ١١٧هـ، وهو أحد الأعلام الحفاظ المشاهير، قال عنه أبو حاتم: ثقة إمام صدوق لا يسأل عن مثله، ووثقه أيضاً ابن المديني، وابن معين، والعجلي، وغيرهم، توفي في خلافة المأمون ٢٠٦هـ. (طبقات ابن سعد ٧/ ٣١٤، الجرح والتعديل ٩/ ٢٩٥، تهذيب التهذيب ١١/ ٣٦٦-٣٦٩).

(٢) هو عبدالرحمن بن عبدالله بن عتبة بن عبدالله بن مسعود، وثقه أحمد، وابن معين، وقال النسائي: ليس به بأس، وقال ابن سعد: كان ثقة كثير الحديث إلا أنه اختلط في آخر عمره، ورواية المتقدمين عنه صحيحة، وقال ابن حجر: صدوق اختلط قبل موته، توفي سنة ٦٠هـ، وقيل ٦٥هـ. (طبقات ابن سعد ٦/ ٣٦٦، تهذيب التهذيب ٦/ ٢١٠-٢١٢، تقريب التهذيب ١/ ٤٨٧).

(٣) هو القاسم بن عبدالرحمن بن عبدالله بن مسعود، الكوفي، القاضي، يكنى بأبي عبدالرحمن، وثقه ابن سعد، وابن معين، وابن خراش، وابن حبان، وغيرهم، توفي سنة ١١٦هـ وقيل ١٢٠هـ. (طبقات ابن سعد ٦/ ٣٠٣، تهذيب التهذيب ٨/ ٣٢١-٣٢٢).

(٤) هو سعد بن أبي وقاص، واسمه مالك بن أهيب القرشي، الزهري، يكنى بأبي إسحاق، أحد العشرة وآخرهم موتاً، وأحد الستة من أهل الشورى، وأول من رمى بسهم في سبيل الله، شهد بدراً وما بعدها، وكان مجاب الدعوة، وهو الذي كوف الكوفة، توفي سنة ٧٥هـ، وقيل ٧٦هـ، وقيل غير ذلك. (طبقات ابن سعد ٣/ ١٣٧، أسد الغابة ٢/ ٢٩٠-٢٩٣، الإصابة ٣/ ٨٣-٨٥).

(٥) رواه الطبري في تاريخه ٣/ ١٩٢، وقال عنه التهانوي: «وإسناده وإن لم يكن محتجاً به في الأحكام فقد احتج الحفاظ برجاله في السير».

=

وجه الاستدلال:

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «إذا كان يجوز في المسجد الموقوف الذي يوقف للانتفاع بعينه، وعينه محترمة شرعاً أن يبدل به غيره للمصلحة فلأن يجوز الإبدال بالأصلح والأنفع فيما يوقف للاستغلال أولى وأحرى»[1].

وقال ابن قاضي الجبل: «هذا الأثر كما أنه يدل على مساغ بيع الوقف عند تعطل نفعه فهو دليل أيضاً على جواز الاستبدال عند رجحان المبادلة؛ لأن هذا المسجد لم يكن متعطلاً، وإنما ظهرت المصلحة في نقله لحراسة بيت المال الذي جعل في قبلة المسجد الثاني»[2].

٢. ما روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه كان ينزع كسوة البيت كل

(إعلاء السنن ١٣/ ٢١٥).

لكن أورده ابن قاضي الجبل في كتابه المناقلة بالأوقاف ص٣٦،٣٧ بهذا السند، وقال: «القاسم هذا الذي روى القصة هو ابن عبدالرحمن أبو عبيدة ابن عبدالله بن مسعود، فعبدالله جده، وهو وأبو عبيدة والده لم يدركا ابن مسعود، بل لما توفي ابن مسعود كان لأبي عبيدة أشهر، لكنه من أثبت المراسيل، فإن القاسم من أعلم الناس بحال جده وأمره وشأنه لا يطلق هذا الإطلاق إلا بعد تحققه وعلمه وشهرة هذا الأمر، ومثل هذا المرسل يقول به جمهور أهل العلم».

ثم قال بعد سياق أقوال العلماء في مثل هذا المرسل: «فتحرر أن مثل هذا المرسل لا ينازع الجمهور في قبوله وصحة الاحتجاج به».

ثم قال: «وأما يزيد بن هارون شيخ الإمام أحمد سيد من سادات المسلمين، وشيخه عبدالرحمن السعودي فجليل المقدار، قال الإمام أبو الفرج بن الجوزي: اتفقوا على أنه ثقة... وهذه الواقعة اشتهرت بالحجاز والعراق، والصحابة متوافرون فلم ينقل إنكارها ولا الاعتراض فيها من أحد منهم، بل عمر هو الخليفة الأمر، وابن مسعود هو المأمور الناقل، فدل هذا على شياع القصة، وعلى الإقرار عليها والرضى بموجبها».

(١) مجموع الفتاوى ٣١/ ٢٢٩.

(٢) المناقلة بالأوقاف ص ٣٨.

سنة فيقسمها على الحاج[١].

٣. ما روي عن عائشة -رضي الله عنها- أنها قالت لشيبة[٢] الحجبي في كسوة الكعبة القديمة: بعها واجعل ثمنها في سبيل الله والمساكين[٣].

قال ابن قاضي الجبل عن هذين الأثرين: «وهذا ظاهر في مطلق نقل الملك عند رجحان المصلحة»[٤].

٤. أن الصحابة -رضي الله عنهم أجمعين- قد غيروا كثيراً من بناء مسجد رسول الله ﷺ بأمكن منه للمصلحة الراجحة في ذلك.

فقد ثبت أن عمر، وعثمان -رضي الله عنهما- غيرا بناءه.

أما عمر فبناه بنظير بنائه الأول باللبن والجذوع، وأما عثمان فبناه

---

(١) رواه الأزرقي في أخبار مكة في باب ما جاء في تجريد الكعبة وأول من جردها ١/ ٢٥٨-٢٥٩، وذكره ابن حجر في فتح الباري ٣/ ٤٥٨، وعزاه للفاكهي وسكت عنه.
قال التهانوي: «وسكوت الحافظ عنه يشعر بصحته أو حسنه عنده».
(إعلاء السنن ١٣/ ٢٠٠).

(٢) هو شيبة بن عثمان بن أبي طلحة القرشي، العبدري، الحجبي، حاجب الكعبة، وحجبة البيت بنو شيبة من ذريته، أسلم يوم الفتح، وقيل يوم حنين، توفي سنة ٥٧هـ وقيل ٥٨هـ وقيل ٥٩هـ.
(طبقات ابن سعد ٥/ ٤٤٨، أسد الغابة ٣/ ٧-٨، الإصابة ٣/ ٢١٨).

(٣) رواه الأزرقي في أخبار مكة في باب ما جاء في تجريد الكعبة وأول من جردها ١/ ٢٦١-٢٦٢.
والبيهقي في كتاب الحج -باب ما جاء في مال الكعبة وكسوتها ٥/ ١٥٩.
وذكر ابن حجر في فتح الباري ٣/ ٤٥٨، وعزاه للفاكهي، ثم قال: «في إسناد البيهقي راو ضعيف، وإسناد الفاكهي سالم منه»، وقال الألباني أيضاً عن إسناد البيهقي «ضعيف».
(إرواء الغليل ٦/ ٤٣).

(٤) المناقلة بالأوقاف ص ٥١-٥٢.

بمادة أعلى من تلك كالساج[1]، وعلى كل حال فاللبن والجذوع التي كانت وقفا أبدلها الخلفاء الراشدون بغيرها، وهذا من أعظم ما يشتهر من القضايا ولم ينكره منكر، ولا فرق بين إبدال البناء ببناء، وإبدال العرصة بعرصة إذا اقتضت المصلحة ذلك[2].

ثانياً: من المعقول:

١. قياس إبدال الوقف بخير منه على إبدال المنذور بخير منه، وعلى إبدال الواجب في الزكاة بخير منه[3].

فقد ثبت عن النبي ﷺ تجويز إبدال المنذور بخير منه، وذلك فيما رواه جابر[4] بن عبدالله رضي الله عنه أن رجلا قام يوم الفتح، فقال: يا رسول الله، إني نذرت لله إن فتح الله عليك مكة أن أصلي في بيت المقدس ركعتين،

---

(١) وقد ثبت ذلك فيما رواه عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أن المسجد كان على عهد رسول الله ﷺ مبنيا باللبن وسقفه الجريد وعمده خشب النخل، فلم يزد فيه أبو بكر شيئا، وزاد فيه عمر وبناه على بنيانه في عهد رسول الله ﷺ باللبن والجريد وأعاد عمده خشبا، ثم غيره عثمان، فزاد فيه زيادة كثيرة، وبنى جداره بالحجارة المنقوشة والقصة وجعل عمده من حجارة منقوشة وسقفه بالساج.
رواه البخاري في كتاب الصلاة -باب بنيان المسجد ١/ ١١٥، واللفظ له.
وأبو داود في كتاب الصلاة -باب في بناء المسجد ١/ ١٢٣، الحديث رقم ٤٥١.
وأحمد ٢/ ١٣٠.

(٢) مجموع الفتاوى ٣١/ ٢٤٤، المناقلة بالأوقاف ص ٤٤.

(٣) مجموع الفتاوى ٣١/ ٣٤٥،٣٤٨، المناقلة بالأوقاف ص ٤٥،٤٦.

(٤) هو جابر بن عبدالله بن عمرو بن حرام الأنصاري، يكنى بأبي عبدالله، وقيل بأبي عبدالرحمن، شهد العقبة الثانية مع أبيه وهو صبي، قيل: شهد بدرا وأحدا، وقيل: لم يشهدهما، وشهد ما بعدها من المشاهد، توفي بالمدينة سنة ٧٤هـ وقيل ٧٧هـ.
أسد الغابة ١/ ٢٥٦-٢٥٨، الإصابة ١/ ٢٢٢-٢٢٣).

فقال: «صل ها هنا»، ثم أعاد عليه، فقال: «صل ها هنا»، ثم أعاد عليه، فقال: «شأنك إذن»[1].

وثبت عنه ﷺ أيضاً تجويز إخراج أفضل من الواجب في الزكاة، وذلك فيما رواه أبي[2] بن كعب ﷺ قال: بعثني رسول الله ﷺ مصدقاً، فمررت برجل، فلما جمع لي ماله لم أجد عليه فيه إلا ابنة مخاض، فقلت له: أد ابنة مخاض فإنها صدقتك، فقال: ذاك ما لا لبن فيه ولا ظهر، ولكن هذه ناقة فتية عظيمة سمينة فخذها، فقلت له: ما أنا بآخذ ما لم أومر به، وهذا رسول الله ﷺ منك قريب، فإن أحببت أن تأتيه فتعرض عليه ما عرضت علي فافعل، فإن قبله منك قبلته، وإن رده عليك رددته، قال: فإني فاعل، فخرج معي وخرج بالناقة التي عرض علي

---

(١) رواه أبو داود في كتاب الأيمان والنذور -باب من نذر أن يصلي ببيت المقدس ٣/ ٢٣٦، الحديث رقم ٣٣٠٥، واللفظ له، وسكت عنه.
أحمد ٣/ ٣٦٣.
الحاكم في كتاب النذور ٤/ ٣٠٤-٣٠٥، وقال: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه» وسكت عنه الذهبي في تلخيصه.
البيهقي في كتاب النذور -باب من لم ير وجوبه (يعني المشي إلى المسجد الحرام أو مسجد المدينة أو الأقصى) بالنذر أو أقام الأفضل من هذه المساجد الثلاثة مقام ما هو أدنى منه ١٠/ ٨٢-٨٣.
قال ابن حجر: «وصححه أيضاً ابن دقيق العيد في الأقتراح».
(تلخيص الحبير ٤/ ١٧٨).

(٢) هو أبي بن كعب بن قيس الأنصاري، الخزرجي، المعاوي، سيد القراء، كناه الرسول ﷺ بأبي المنذر، شهد العقبة وبدراً وما بعدها من المشاهد، قال فيه النبي ﷺ: أقرأكم أبي، وكان عمر يقول: أبي سيد المسلمين، اختلف في وفاته، فقيل: سنة ٢٢هـ في خلافة عمر، وقيل: سنة ٣٠هـ في خلافة عثمان، وقيل غير ذلك.
(طبقات ابن سعد ٣/ ٤٩٨، أسد الغابة ١/ ٤٩-٥١، الإصابة ١/ ١٦-١٧).

حتى قدمنا على رسول الله ﷺ، فقال له: يا نبي الله، أتاني رسولك ليأخذ مني صدقة مالي، وأيم الله ما قام في مالي رسول الله ﷺ ولا رسوله قط قبله، فجمعت له مالي فزعم أن ما علي فيه ابنة مخاض، وذلك ما لا لبن فيه ولا ظهر، وقد عرضت عليه ناقة فتية عظيمة ليأخذها، فأبى علي، وها هي ذه قد جئتك بها يا رسول الله خذها، فقال له رسول الله ﷺ: «ذاك الذي عليك، فإن تطوعت بخير آجرك الله فيه وقبلناه منك»، قال: فها هي هذه يا رسول الله قد جئتك بها فخذها، قال: فأمر رسول الله ﷺ بقبضها، ودعا له في ماله بالبركة[1].

فهذان الحديثان يدلان على جواز إبدال جنس المنذور بخير منه من نوعه، وكذلك الأعيان الواجبة التي تعينت كالهدايا والضحايا، وكذلك في الزكوات إذا وجب مثلا بنت مخاض فأدى بنت لبون، أو وجبت بنت لبون فأدى حقه.

قال ابن قاضي الجبل: «ويتناول بمعناه الأعيان الموقوفات إذا ظهرت مصلحة الاستبدال بها على غيرها»[2].

٢. إلحاق محل النزاع بمحل الإجماع، حيث أجمع العلماء على جواز

---

(١) رواه أبو داود في كتاب الزكاة -باب في زكاة السائمة ٢/ ١٠٤، الحديث رقم ١٥٨٣، واللفظ له وسكت عنه.

أحمد ٥/ ١٤٢.

الحاكم في كتاب الزكاة ١/ ٣٩٩-٤٠٠، وقال: «حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه».

وافقه الذهبي في تلخيصه.

(٢) المناقلة بالأوقاف ص ٤٦.

بيع دواب الحبس الموقوفة إذا لم تعد صالحة لما وقفت له، فالفرس الحبيس ونحوه إذا كان عاطلاً عن الصلاحية للجهاد جاز بيعه بالإجماع، وإن كان فيه نفع من وجه آخر من الحمل ونحوه، ومن المعلوم أن الفرس الحبيس ونحوه لو لم يبق فيه نفع مطلقاً لما أمكن بيعه إذ لا يجوز بيع ما لا نفع فيه، فعلم أن منفعته ضعفت وجاز الاستبدال بأرجح منه، فعلم أن ذلك دائر مع رجحان المصلحة في جنس الاستبدال[1].

٣.أن الأعيان الموقوفة كالدور، والمزارع، والمنقولات إنما وقفت ليعود ريعها على مستحقيه جرياً على مناهج المعروف، وطلباً لإيصال الريع إلى مستحقيه، فالمطلوب من ذلك وصول النماء إلى أهله ووقوعه في أيدي مستحقيه مع زيادته واستنمائه، فإذا ظهرت المصلحة في زيادة الريع وتنمية المغل، ولم يعارض معارض ظهرت مصلحة الاستبدال طلباً لتنمية المصالح وتكميلاً للمقاصد[2].

أدلة القول الثاني:

واستدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

١.ما جاء في حديث عبدالله ين عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال لعمر: «تصدق بأصله لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، ولكن

---

(١) المرجع السابق ص ٤٨.

(٢) المرجع السابق ص ٥٢.

ينفق ثمره»[(١)].

وجه الاستدلال:

هذا الحديث صريح بعدم مساغ بيع الوقف، وإذا منع بيع الوقف الخرب فقائم المفعة أولى بالمنع[(٢)].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته من وجهين:

الوجه الأول: أن المراد ببيع الوقف الممنوع في هذا الحديث هو البيع المبطل لأصل الوقف الذي لا يقام مقامه، وإنما بيع ليؤكل، ويدل على ذلك أن النبي ﷺ قرنه بالهبة والوراثة.

قال ابن قاضي الجبل: «فالبيع والحالة هذه لا يجوز إجماعاً؛ لأن فيه إبطالا لأصل الوقف، وذلك لا يجوز عند العلماء المجمعين على صحة الوقف ولزومه، وإذا حمل البيع على هذا المعنى لم يتخصص بحال، فإن أحداً لا يجوز بيعه ليؤكل ثمنه»[(٣)].

الوجه الثاني: على تقدير أن المراد ببيع الوقف عموم بيعه ولو أقيم غيره مقامه فإنه يقال: إن اللفظ عام دخله التخصيص أو التقييد بحال التعطل أو رجحان المصلحة، فيحمل المنع على غير ذلك؛ لما سبق من أدلة أصحاب القول الأول،

---

(١) سبق تخريجه ص ٥٧٣.

(٢) الابتهاج ٤/ل ١٦٤/ب.

(٣) المناقلة بالأوقاف ص٥٤.

وما سيأتي إن شاء الله في مسألة الاستبدال عند التعطل.

قال ابن قاضي الجبل: «.. وهذا لأن قوله: لا يباع نهي أو نفي، وهو قابل للتخصيص أو التقييد في الأزمان والأحوال»[١].

٢. ما رواه سالم[٢] بن عبدالله عن أبيه قال: أهدى عمر بن الخطاب نجيباً[٣] فأعطي بها ثلاثمائة دينار، فأتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله إني أهديت نجيبا، فأعطيت بها ثلاثمائة دينار، أفأبيعها وأشتري بثمنها بدنا؟ قال: «لا، انحرها إياها»[٤].

---

(١) المناقلة بالأوقاف ص٥٤.

(٢) هو سالم بن عبدالله بن عمر بن الخطاب، المدني، أحد الفقهاء السبعة، قال فيه الإمام مالك: كان من أفضل أهل زمانه، وثقه العجلي، وابن سعد وغيرهما، وقال فيه ابن حجر: كان ثبتا، عابدا، فاضلا، وكان يشبه بأبيه في الهدى والسمت، توفي سنة ١٠٦هـ على الصحيح.

(طبقات ابن سعد ٥/ ١٩٥، تهذيب التهذيب ٣/ ٤٣٧-٤٣٨، تقريب التهذيب ١/ ٢٨٠).

(٣) النجيب هو: الفاضل من كل حيوان.

(النهاية مادة نجب ٥/ ١٧).

في بعض ألفاظ الحديث (بختية)، وتجمع على بخت وبخاتي، واللفظة معربة، وهي جمال طوال الأعناق.

(النهاية مادة بخت ١/ ١٠١).

(٤) رواه أبو داود في كتاب المناسك -باب تبديل الهدي ٢/ ١٤٦-١٤٧، الحديث رقم ١٧٥٦، واللفظ له وسكت عنه.

وأحمد ٢/ ١٤٥، وقال البنا: «وسنده جيد إلا أن المنذري قال: قال البخاري: لا يعرف لجهم سماع من سالم». (بلوغ الأماني ١٣/ ٥٣).

وابن خزيمة في صحيحه في كتاب المناسك -باب استحباب المغالات في ثمن الهدي وكرائمه ٤/ ٢٩٢، الحديث رقم ٢٩١١، وتوقف في الاحتجاج به، وقال الأعظمي في تعليقه عليه: و«إسناده ضعيف».

والبيهقي في كتاب الحج -باب لا يبدل ما أوجبه من الهدايا بكلامه بخير ولا أشر منه ٥/ ٢٤١-٢٤٢.

والبخاري في التاريخ الكبير ٢/ ٢٣٠، رقم ٢٢٩٣.

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن النبي ﷺ نهى عمر عن استبدال الهدي، وهذا يدل على عدم جوازه، فكذلك الوقف قياساً عليه.

مناقشة هذا الدليل:

نوقش من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: يمكن مناقشته بأنه ضعيف، فلا يصلح للاحتجاج، وذلك لأمرين:

الأول: أن فيه الجهم[1] بن الجارود، وهو متكلم فيه، كما في ترجمته.

الثاني: أن فيه انقطاعاً، فقد ذكر البخاري[2] في تاريخه أنه لا يعرف لجهم سماع من سالم[3].

الوجه الثاني: على تقدير صحة هذا الحديث فقد ناقشه ابن قاضي الجبل بأن فرض المسألة كون العين التي وقع الاستبدال بها أرجح من الوقف وأولى، والعين التي أراد عمر ﷺ

---

(١) هو الجهم بن الجارود، وقيل: شهم، وقيل: نهم، روى عن سالم بن عبدالله بن عمر، ولم يرو عنه سوى خالد بن أبي يزيد الخرساني، قال الذهبي: فيه جهالة، وقال ابن حجر: مقبول.
(ميزان الاعتدال ١/ ٤٢٦، تهذيب التهذيب ٢/ ١٢١، تقريب التهذيب ١/ ١٣٥).

(٢) هو إمام الحفاظ محمّد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، يكنى بأبي عبدالله، ولد في ١٣ شوال سنة ١٩٤هـ كان رأسا في الذكاء والعلم والورع والعبادة، قال عنه ابن خزيمة: ما تحت أديم السماء أعلم بالحديث من البخاري، رحل في طلب العلم إلى مختلف محدثي الأمصار، له مصنفات منها: الجامع الصحيح، والتاريخ الكبير، توفي سنة ٢٥٦هـ.
(تذكرة الحفاظ ٢/ ٥٥٥-٥٥٧، تهذيب التهذيب ٩/ ٤٧-٥٥، البداية والنهاية ١١/ ٢٤-٢٨).

(٣) التاريخ الكبير للبخاري ٢/ ٢٣٠.

الاستبدال بها ليست أرجح من النجيبية بالنسبة إلى التقرب إلى الله -سبحانه وتعالى-، بل النجيبة كانت راجحة على ثمنها، وعلى البدن المشتراة به؛ لأن خير الرقاب أغلاها ثمناً، وأنفسها عند أهلها، والمطلوب أعلى ما يؤخذ فيما يتقرب به إلى الله -سبحانه وتعالى-[١].

الوجه الثالث: وعلى تقدير صحة هذا الحديث، والتسليم بكون الاستبدال بالهدى والأضحية ممنوعاً منه فقد ناقشه ابن قاضي الجبل أيضاً بأنه لا يلتزم عدم جواز الاستبدال في الأوقاف عند رجحان المصالح؛ لأن الوقف مراد لاستمرار ريعه ودوام غلته بخلاف الهدي والأضحية[٢].

ثانياً: من المعقول:

قياس الموقوف على الحر المعتق، فكما أن العتيق الحر لا يقبل الرق بعد عتقه، فكذلك العين الموقوفة لا تقبل الملك بعد صحة الوقف[٣].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه أبو الحسين[٤] ابن القاضي أبي يعلى بأن الهدي الواجب

---

(١) المناقلة بالأوقاف ص٥٧.

(٢) المرجع السابق.

(٣) رسائل ابن نجيم ص٥٨.

(٤) هو القاضي الشهيد محمّد بن محمّد بن الحسين بن محمّد الفراء، وهو ابن شيخ المذهب الحنبلي القاضي الكبير أبي يعلى، أخذ عن أبيه، وأبي بكر الخطيب، وعبدالمغيث الحربي، وغيرهم، كان مشهورا بالزهد والورع، عارفا بالمذهب الحنبلي، له مؤلفات كثيرة منها: المجموع في الفروع، وطبقات الأصحاب، قتله اللصوص وأخذوا ماله سنة ٥٢٦هـ.
(طبقات الحنابلة ١/ ١٧٦، المقصد الأرشد ٢/ ٤٩٩-٥٠٠، المنهج الأحمد ٢/ ٢٧٥).

والنذر قد زال ملكه عنه، ويجوز التصرف فيه بالذبح قبل محله، وكذلك إذا نذر التصدق بدراهم بعينها جاز إبدالها بغيرها، وكذلك إذا جعل داره هدياً إلى الكعبة جاز بيعها وصرف ثمنها إلى الكعبة، فأما العبد إذا أعتقه فلا سبيل إلى إعادة المالية فيه بعد عتقه؛ لأنه إتلاف للمالية بخلاف مسألتنا هذه، فإن المالية فيه ثابتة، وإنما المنافع هي المقصود، فتوصل بماليته إلى حصول فائدته بإبداله وبيعه، فصار شبهه بالهدي إذا عطب أولى من شبهه بالعبد إذا أعتق[1].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية الناظر لاستبدال الوقف إذا كان هناك مصلحة راجحة؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من المصلحة الظاهرة للموقوف عليه، ولا شك أن التصرف في الوقف منوط بالمصلحة، ولأن ذلك وسيلة إلى استمرار الوقف إذا قام المولى عليه بذلك خير قيام.

المطلب الثالث: استبدال الوقف إذا تعطلت منافعه

ومثال ذلك الدار إذا انهدمت، والأرض إذا خربت وعادت مواتاً، والمسجد إذا انتقل أهل البلد عنه وصار في موضع لا يصلى فيه، فهل يملك الناظر استبداله، أو لا يملكه؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

---

(١) انظر هذه المناقشة في المناقلة بالأوقاف ص٥٥.

القول الأول: أن الناظر يملك بيع الوقف والاستبدال به في مثله عند تعطل منافعه.

وهذا هو الأصح عند الحنفية، وعليه جمهورهم[1].

وبه قال الإمام مالك في رواية عنه، ومنها أخذ بعض أصحابه[2].

وبه قال بعض الشافعية[3].

وهو الرواية المشهورة عن الإمام أحمد، والصحيح من مذهبه، وعليه جماهير أصحابه[4].

القول الثاني: أن الناظر لا يملك بيع الوقف والاستبدال به وإن تعطلت منافعه.

وبهذا قال بعض الحنفية[5]، وهو الرواية المشهورة عن الإمام مالك، وبها أخذ أكثر أصحابه[6].

وبه قال أكثر الشافعية[7]، وهو رواية عن الإمام أحمد،

---

(١) فتاوى قاضيخان ٣/ ٣٠٠، الإسعاف ص ٣٥، شرح فتح القدير ٦/ ٢٢٨، البحر الرائق ٥/ ٢٤٠-٢٤١، حاشية رد المحتار ٤/ ٣٨٤، مجمع الضمانات ص ٣٢٩.

(٢) القوانين الفقهية ص ٣٧٦، الفواكه الدواني ٢/ ٢٣١، البيان والتحصيل ١٢/ ٢٠٤.

(٣) الوجيز ١/ ٢٤٨-٢٤٩، روضة الطالبين ٥/ ٣٥٧، فتاوى الرملي ٣/ ٦٨.

(٤) المغني ٦/ ٢٢٥-٢٢٦، الفروع ٤/ ٦٢٢، المذهب الأحمد ص ١١٩، العدة ص ٢٨٢، المبدع ٥/ ٣٥٣، الإنصاف ٧/ ١٠٢،١٠٣، التوضيح ص ٢٥٢.

(٥) رسائل ابن نجيم ص ٨٣، حاشية رد المحتار ٤/ ٣٨٤، مجمع الضمانات ص ٣٢٩-٣٣٠.

(٦) المدونة ٦/ ٩٩-١٠٠، التفريع ٢/ ٣١٠، البيان والتحصيل ١٢/ ٢٠٤، الإشراف ٢/ ٨١، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ١٠٢٠، الفواكه الدواني ٢/ ٢٣١.

(٧) المهذب ١/ ٤٥٢، روضة الطالبين ٥/ ٣٥٧-٣٥٨، حلية العلماء ٦/ ٣٧.

واختارها بعض أصحابه[(١)].

القول الثالث: أن الناظر يملك بيع ما وقف على المسجد دون غيره.

وبهذا قال بعض الشافعية[(٢)].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من السنة، والآثار، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

١. ما رواه المغيرة[(٣)] بن شعبة ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن الله كره لكم ثلاثا قيل وقال، وإضاعة المال، وكثرة السؤال»[(٤)].

---

(١) المبدع ٥/ ٣٥٤، الإنصاف ٧/ ١٠٢-١٠٣، الذيل على طبقات الحنابلة ١/ ١٥٨.

(٢) الابتهاج ٤/ ل ١٦٦/ أ، نهاية المحتاج ٥/ ٣٩٥.

(٣) هو المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن مسعود الثقفي، أسلم عام الخندق، وشهد الحديبية، وكان موصوفا بالدهاء، قيل: إنه أحصن ثلاثمائة امرأة في الإسلام، وقيل: ألف، ولاه عمر على البصرة، ثم الكوفة، ثم أقره عثمان عليها، ثم عزله، شهد اليمامة وفتوح الشام والقادسية وغيرها، توفي بالكوفة سنة ٥٠هـ.

(طبقات ابن سعد ٤/ ٢٨٤/ أسد الغابة ٤/ ٤٠٦-٤٠٧، الإصابة ٦/ ١٣١-١٣٢).

(٤) رواه البخاري في كتاب الزكاة -باب قوله -تعالى-: ﴿لَا يَسْـَٔلُونَ ٱلنَّاسَ إِلْحَافًا﴾ ٢/ ١٣١، بهذا اللفظ، وفي كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس -باب ما ينهى عن إضاعة المال ٣/ ٨٧، وفي كتاب الأدب -باب عقوق الوالدين من الكبائر ٧/ ٧٠، وفي كتاب الرقاق -باب ما يكره من القيل والقال ٧/ ١٨٣-١٨٤، وفي كتاب الاعتصام- باب ما يكره من كثرة السؤال ومن تكلف ما لا يعنيه ٨/ ١٤٢،١٤٣.

ومسلم في كتاب الأقضية -باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة ٣/ ١٣٤١، الأحاديث ١٢-١٤، وأحمد ٤/ ٢٤٦،٢٤٩،٢٥٤.

وجه الاستدلال:

حيث نهى رسول الله ﷺ في هذا الحديث عن إضاعة المال، ولا يخفى أن في إبقاء الوقف حال التعطل على ما هو عليه إضاعة للمال، فوجب الحفظ بالبيع؛ لأن المقصود انتفاع الموقوف عليه بالثمرة لا بعين الأصل من حيث هو، ومنع البيع حينئذ مبطل لهذا المعنى الذي اقتضاه الوقف، فيكون خلاف الأصل(١).

٢. ما رواه أبو هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث: إلا من صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»(٢).

الشاهد من الحديث قوله ﷺ فيه: «إلا من صدقة جارية».

٣. ما جاء في حديث عبدالله بن عمر -رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال لعمر: «تصدق بأصله لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث»(٣).

وجه الاستدلال بهذين الحديثين:

دل عموم هذين الحديثين على أن الأصل في الوقف التأبيد والدوام

---

(١) كشاف القناع ٤/ ٢٩٢.

(٢) رواه مسلم في كتاب الوصية -باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته ٣/ ١٢٥٥، الحديث رقم ١٤، واللفظ له.
وأبو داود في كتاب الوصايا -باب ما جاء في الصدقة عن الميت ٣/ ١١٧، الحديث رقم ٢٨٨٠.
والترمذي في أبواب الأحكام -باب في الوقف ٤/ ٤١٨، الحديث رقم ١٣٩٠.
والنسائي في كتاب الوصايا -باب فضل الصدقة عن الميت ٦/ ٢٥٠، الحديث رقم ٣٦٥١.
والبيهقي في كتاب الوصايا -باب الدعاء للميت ٦/ ٢٧٨.
وأحمد ٢/ ٣٧٢.

(٣) سبق تخريجه ص ٥٧٣.

والاستمرار، وذلك ليدوم الثواب، وفي تعطل الوقف أو خرابه تضييع لفائدته، والتمسك بالعين في تلك الحالة إبطال لغرض الواقف، وفي استبداله عند تعطله رعاية لغرض الواقف، واستبقاء للوقف بمعناه عند تعذر إبقائه في صورته، فتعين ذلك[(١)].

قال ابن عقيل[(٢)]: «الوقف مؤبد، فإذا لم يمكن تأبيده على وجه تخصيصه استبقينا الغرض وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى، واتصال الأبدان جرى مجرى الأعيان، وجمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض»[(٣)].

ثانياً: من الآثار:

ما روي أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ أمر عبدالله بن مسعود ﷺ بتحويل المسجد الجامع بالكوفة ونقله، وجعل بيت المال في قبلته، فحوله عبدالله، وصارت عرصة المسجد الأول سوقاً للتمارين[(٤)].

---

(١) المغني ٦/ ٢٢٦، المبدع ٥/ ٣٥٤، منح الشفا الشافيات ٢/ ٦٢.

(٢) هو علي بن عقيل بن محمّد بن عقيل البغدادي، الظفري الحنبلي، المكنى بأبي الوفاء، المقرئ، الأصولي، الفقيه، قال عنه السلفي: ما رأت عيناي مثل الشيخ أبي الوفاء ابن عقيل، رمي بتعظيم بعض المعتزلة، ولكنه أعلن توبته وبراءته من أهل البدع والاعتزال، له مصنفات منها: الفنون في مجلدات كثيرة، والفصول، والانتصار لأهل الحديث، توفي سنة ٥١٣هـ.
(الذيل على طبقات الحنابلة ١/ ١٤٢-١٦٣، المنهج الأحمد ٢/ ٢٥٢-٢٧٠، المقصد الأرشد ٢/ ٢٤٥-٢٥٠).

(٣) انظر: كلام ابن عقيل هذا في مجموع الفتاوى ٣١/ ٢٢٢،٢٢٣، ومثله قال ابن قدامة في المغني ٦/ ٢٢٦، وابن مفلح في المبدع ٥/ ٣٥٤، والمقدسي في العدة ص ٢٨٢، والبهوتي في منح الشفا الشافيات ٢/ ٦٢.

(٤) سبق تخريجه ص ٦٠٣.

وجه الاستدلال:

قال بهاء الدين المقدسي: «ووجه الحجة منه أنه أمره بنقله من مكانه، فدلَّ على جواز نقل الوقف من مكانه وإبداله بمكانه، وهذا معنى البيع»[(١)].

قال ابن عقيل: «وهذا كان مع توفر الصحابة، فهو كالإجماع، إذ لم ينكر أحد ذلك مع كونهم لا يسكتون عن إنكار ما يعدونه خطأً»[(٢)].

فالمقصود هنا: أنه إذا جاز الاستبدال في المسجد الموقوف الذي يوقف للانتفاع بعينه، وعينه محترمة شرعاً، فلأن يجوز الاستبدال فيما يوقف للاستغلال أولى وأحرى[(٣)].

ثالثاً: من المعقول:

١. القياس على الهدي إذا عطب في السفر، فإنه يذبح في الحال وإن كان يختص بموضع معين، فلما تعذر تحصيل الغرض بالكلية استوفى منه ما أمكن، وترك مراعاة المحل الخاص عند تعذره؛ لأن مراعاته مع تعذره تفضي إلى فوات الانتفاع به بالكلية، وهكذا الوقف المعطل المنافع[(٤)].

---

(١) العدة ص ٢٨٢.

(٢) انظر: كلام ابن عقيل هذا في مجموع الفتاوى ٣١/ ٢٢٢،٢٢٣، ومثله قال ابن قدامة في المغني ٦/ ٢٢٦، وابن مفلح في المبدع ٥/ ٣٥٤، والمقدسي في العدة ص ٢٨٢، والبهوتي في منح الشفا الشافيات ٢/ ٦٢.

(٣) مجموع الفتاوى ٣١/ ٢٢٩.

(٤) المغني ٦/ ٢٢٦، منح الشفا الشافيات ٢/ ٦٣.

٢. أنه لا نفع في بقاء الوقف مع تعطل منافعه، وفيه ذهاب لماليته، فكانت المحافظة على ماليته ببيعه واستبداله أولى، لأنه لا يجوز وقف ما لا نفع فيه ابتداء، فلا يجوز استدامة وقفه؛ لأن ما كان شرطاً لابتداء الوقف كان شرطاً لاستدامته، كالمالية[1].

٣. أن الوقف مؤبد، فإذا لم يمكن تأبيده على وجه تخصيصه استبقينا الغرض وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى، واتصال الأبدال جرى مجرى الأعيان، وجمودنا على العين مع تعطلها للغرض من الوقف[2].

أدلة القول الثاني:

واستدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من السنة، والمعقول وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

قوله ﷺ في حديث عبدالله بن عمر -رضي الله عنهما- لعمر: «تصدق بأصله، لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث»[3].

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن النبي ﷺ أخبر بأن الوقف لا يباع، وهذا عام لكل أحوال الوقف، أي سواء تعطلت منافعه أم لم تتعطل.

---

(١) الكافي لابن قدامة ٢/ ٤٦٢.

(٢) ذكر ابن مفلح هذا الدليل في المبدع ٥/ ٣٥٤ نقلاً عن ابن عقيل.

(٣) سبق تخريجه ص٥٧٣.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بما سبق من مناقشته في المسألة السابقة من أن المراد بالبيع في الحديث البيع المبطل لأصل الوقف بدليل قرنه بالهبة والإرث، وعلى تقدير عمومه فإنه مخصوص منه حال التعطل بما تقدم من أدلة أصحاب القول الأول.

ثانيا: من المعقول:

١. أن أكثر أوقاف السلف -رحمهم الله- قد خربت، ولو كان البيع جائزاً فيها لما أغفلوه، ولكن بقاؤه خراباً دليل على منع بيعه[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن بقاء الموقوف خراباً مع إمكان المبادلة فيه واستثماره تضييع للمال، وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال[2]، ولا اعتبار بعمل أحد إذا كان مخالفاً لقول رسول الله ﷺ.

كما أن المبادلة قد ثبتت عن الصحابة -رضي الله عنهم أجمعين- كما في قصة تحويل عبدالله بن مسعود ﷺ مسجد الكوفة بأمر أمير المؤمنين عمر بن الخطاب[3].

كما أن الخراب قد يكون بسبب إهمال الناظر.

٢. أن البناء وإن خرب فإن البقعة لا تذهب، ويمكن أن يعاد إلى

---

(١) المدونة ٦/ ١٠٠، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ٦/ ١٣٠.

(٢) كما ثبت ذلك في حديث أبي هريرة ﷺ الذي استدل به أصحاب القول الأول.

(٣) سبق تخريجها ص٦٠٣.

حاله، فيرجع صلاحه[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن رجوع صلاحه أمر محتمل، وقد يبعد، بل إن بعض العقارات الخربة بعد إصلاحها أمراً شبه مستحيل، خاصة وأن العمارة في هذا الزمان تحتاج إلى أموال طائلة أكثر من الريع بكثير، فإذا كان الوقف منقطع الموارد فكيف تمكن عمارته، على أننا لا نقول بجواز بيعه إذا رجي صلاحه قريباً.

٣. أن ما لا ينقل الحبس من مقتضاه إذا لم يخرب فإنه لا ينقله عن مقتضاه وإن خرب، وبعبارة أخرى: أن ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز مع تعطيلها، كالعبد المعتق[2].

مناقشة هذا الدليل:

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: ناقشه ابن مفلح بأن في بيع الوقف واستبداله عند تعطل منافعه استبقاء للعين الموقوفة عند تعذر استبقائه بصورته، فوجب ذلك، كما لو استولد جارية الوقف، أو قتلها، أو قتلها غيره[3].

الوجه الثاني: كما يمكن مناقشته بأنه قياس مع الفارق؛ لأن بيع

---

(١) البيان والتحصيل ١٢/ ٢٠٤، فتاوى الرملي ٣/ ٦٦.

(٢) المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ٦/ ١٣٠، المغني ٦/ ٢٢٦، المبدع ٥/ ٣٥٤.

(٣) المبدع ٥/ ٣٥٤.

الوقف واستبداله عند تعطلـه يخـالف العبـد المعتـق؛ لأن العبد بعد العتق خرج عن حكم الأموال بخلاف الوقف.

دليل القول الثالث:

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن دار المسجد يستحقها المسجد، وهو شيء واحـد حاجتـه حاصلـة الآن، فالمتصرف عليه نظره شامل، بخلاف الموقوف على بطون، فـالبطن الذي لم يأت بعد ليس للناظر تصرف عليه[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن هذا الدليل يدل على جواز استبدال الوقف مطلقـاً سواء كان على مسجد أم على غيره، وإنما خلافهم أنه ليس للناظر حق التصرف على ما يأتي من البطون، وذلك يبيـح الاسـتبدال عـن طريـق الحاكم؛ لأن له النظارة العامة.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانـه في هـذه المسـألة -والله أعلـم بـالصواب- هـو القول الأول القائل بملكية الناظر لاستبدال الوقف عنـد تعطـل منافعـه؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من المصلحة الظاهرة للواقف باستمرار جريان صدقته بالوقف، والمصلحـة للموقـوف عليـه باسـتمرار انتفاعـه بالوقف، ولأنه القول الذي يعضده عموم أدلة الشـرع مـن النـهي عـن إضاعة المال وغيره، وما جاءت به الشريعة المطهرة مـن جلـب المصـالح ودرء المفاسد.

---

(١) الابتهاج ٤/ل ١٦٦/أ، شرح الحاوي الصغير ١/ل ٣١٢/أ.

المطلب الرابع: استبدال المساجد

إذا تعطل المسجد وذلك بأن خرب ولم يكن له من يعمره، أو خربت محلته، أو انتقل أهل البلد عنه حتى صار في موضع لا يصلى فيه، فهل يملك الناظر عليه استبداله في مكان آخر، أو لا يملكه؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الناظر لا يملك بيع المساجد واستبدالها إلا إذا تعطلت.

وبهذا قال بعض الشافعية[١]، والإمام أحمد في الرواية المشهورة عنه، وهو المذهب عند أصحابه، وعليه جماهيرهم[٢].

القول الثاني: أن الناظر لا يملك بيع المساجد، واستبدالها ولو تعطلت[٣].

وبهذا قال الحنفية[٤]، والمالكية[٥].

---

(١) الابتهاج ٤/ل ١٦٦/ب، شرح الحاوي ١/ل ٣١٢/أ-ب.

(٢) مسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبدالله ص٣١٨، ومسائله رواية ابنه صالح ١/ ٢٥٩، المغني ٦/ ٢٢٥، الفروع ٤/ ٦٢٤، المحرر ١/ ٣٧٠،٣٧١، الإنصاف ٧/ ١٠٢، مجموع الفتاوى ٣٠/ ٤٠٥، ٣١:٢١٢-٢١٨.

(٣) ولكنهم اختلفوا فيما بينهم في مصير المسجد وآلته، فقال بعضهم: ينقض وينقل مع آلته إلى مسجد آخر، وقال بعضهم بعدم جواز ذلك، وذهب محمّد بن الحسن من الحنفية إلى أنه يعود إلى ملك الواقف أو ورثته.
(انظر في ذلك الإسعاف ص ٧٧، التاج والإكليل ٦/ ٤٢، روضة الطالبين ٥/ ٣٥٨، المبدع ٥/ ٣٥٦).

(٤) البحر الرائق ٥/ ٢٧١-٢٧٢، شرح فتح القدير ٦/ ٢٣٦، الإسعاف ص ٧٧، حاشية رد المحتار ٤/ ٣٥٨.

(٥) القوانين الفقهية ص ٣٧٦، التاج والإكليل ٦/ ٤٢.

وجمهور الشافعية[١]، وهو رواية عن الإمام أحمد، وأخذ بها بعض أصحابه[٢].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما سبق من عموم الأدلة الدالة على جواز نقل الوقف عند تعطل منافعه، أو رجحان مصلحة استبداله، وأظهر تلك الأدلة خبر نقل عمر ﷺ مسجد الكوفة.

فقد جاء مجموع الفتاوى نقلاً عن الإمام أحمد: «نقب بيت المال بالكوفة، وعلى بيت المال ابن مسعود، فكتب له عمر بن الخطاب ﷺ، فكتب إليه عمر: أن انقل المسجد وصير بيت المال في قبلته، فإنه لن يخلو من مصل فيه، فنقله سعد إلى موضع التمارين اليوم، وصار سوق التمارين في موضعه، وعمل بيت المال في قبلته، فلا بأس أن تنقل المساجد إذا خربت»[٣].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

ما رواه عبدالله بن عمر -رضي الله عنهما- أن رسول الله ﷺ قال

---

(١) حلية العلماء ٦/ ٣٧، روضة الطالبين ٥/ ٣٥٧، مغني المحتاج ٢/ ٣٩٢، نهاية المحتاج ٥/ ٣٩٥.

(٢) العدة ص ٢٨٢، المحرر ١/ ٣٧١، المبدع ٥/ ٣٥٦، الإنصاف ٧/ ١٠٢.

(٣) مجموع الفتاوى ٣١/ ٢١٧، وقد سبق تخريج أثر عمر هذا ص٦٠٣.

لعمر: «تصدق بأصله لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث»[(١)].

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن الرسول ﷺ أخبر أن الوقف لا يستبدل ببيعه، وهذا عام في جميع أنواع الوقف، ومنها المساجد، وفي جميع الأحوال.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بما سبق في مسألة استبدال الوقف منقطع المنفعة.

ثانياً: من المعقول:

١. أن الإجماع قد انعقد على عدم خروج الكعبة المشرفة عن المسجدية والقربة، فكذلك غيرها من المساجد يأخذ حكمها، فلا يجوز استبداله[(٢)].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن الهمام[(٣)] بأن قياس المساجد على الكعبة المشرفة قياس مع الفارق؛ لأن القربة التي عينت لها هي الطواف من أهل الآفاق، ولم

---

(١) سبق تخريجه ص٥٧٣.

(٢) شرح فتح القدير ٦/ ٢٣٧.

(٣) هو محمّد بن عبدالواحد بن عبدالحميد الإسكندري، ثم القاهري، المعروف بابن الهمام، كمال الدين الحنفي، ولي قضاء الإسكندرية، وعده ابن نجيم من أهل الترجيح، وعده غيره من أهل الاجتهاد، له مؤلفات منها: شرح فتح القدير في الفقه، والتحرير في الأصول، توفي بالقاهرة سنة ٨٦١هـ.
(الفوائد البهية ص ١٨٠-١٨١، الضوء اللامع ٨/ ١٢٧-١٣٢).

ينقطع ذلك زمن الفترة، وليس ذلك موجوداً في سائر المساجد[١].

كما أنه يمكن القول بأن الكعبة قبلة المسلمين في كل بقاع الأرض أمر الله -سبحانه وتعالى- بالتوجه إليها في الصلوات، فلا يقاس عليها غيرها من المساجد؛ لأنه لا مانع من تبديلها عند خرابها.

كما أن الكعبة المشرفة أفضل بقعة على وجه الأرض، ولا يجوز إبدال الوقف إلى أقل منه، بخلاف غيرها من المساجد.

٢. أنه بعد تحقق سبب سقوط الملك فيه لا يعود، كالمعتق، كما لا يعود إذا زال إلى مالك من أهل الدنيا إلا بسبب يوجب تجدد ذلك، فما لم يتحقق لم يعد[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه مقيد بما إذا لم يوجد سبب يوجب عود الملك، وفي المسجد الخرب قد وجد السبب وهو الخراب وانقطاع المقصود منه وهو انتفاع المسلمين بالصلاة فيه، فيخرج المسجد إذا خرب عن هذا الدليل.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الناظر لبيع المساجد واستبدالها إلا إذا تعطلت؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في نقله في هذه الحالة من استدامته في بقعة أخرى، إذ لا فضل لبقعة على أخرى في الأحقية بالمسجدية، لقوله ﷺ فيما رواه جابر بن عبدالله ﷺ: «.. وجعلت لي الأرض مسجدا

---

(١) شرح فتح القدير ٦/ ٢٣٧.

(٢) المصدر السابق.

وطهورا..»[(١)] الحديث.

وبهذا أفتت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في المملكة، فقد سُئِلَتْ عن نقل حجارة مسجد قديم متعطل إلى مسجد جديد، فأجابت: «ذكر أهل العلم أن الوقف إذا تعطلت منافعه فإنه ينقل إلى نظيره مما فيه مصلحة للوقف وغبطة لجهته سواء كان ذلك عن طريق البيع أو غيره حسبما يقتضيه النظر الشرعي..». ثم قالت بعد ذكر كلام شيخ الإسلام ابن تيمية وابن قدامة على ذلك: «.. ومما تقدم يتضح أنه يجوز في الوقف المتعطل من مسجد أو غيره أن ينقل إلى جهة نظيره ببيع أو غيره حسبما يقتضيه النظر الشرعي، وكذلك الأمر بالنسبة لفاضل الأوقاف العامة»[(٢)].

كما سئلت عن هدم مسجد قديم قائم ليقام محله مكتبة عامة، ونقله إلى مكان آخر، فأجابت:

«الجواب: لا يجوز هدم مسجد قائم، ولو كان قديماً لمجرد أن يبنى

---

(١) رواه البخاري في كتاب التيمم -باب قول الله -تعالى-: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ الآية (١/ ٨٦)، واللفظ له.

ومسلم في كتاب المساجد -باب مواضع الصلاة ١/ ٣٧٠، ٣٧١، الحديث رقم٣.

والترمذي في أبواب الصلاة -باب ما جاء في أن الأرض كلها مسجد ١/ ١٩٩، الحديث رقم ٣١٦.

والنسائي في كتاب الغسل والتيمم -باب التيمم بالصعيد ١/ ٢٠٩-٢١١، الحديث رقم ٤٣٢.

والدارمي في كتاب الصلاة -باب الأرض كلها طهور ما خلا المقبرة والحمام ١/ ٢٦٣، الحديث رقم ١٣٩٦.

أحمد ٣/ ٣٠٤.

(٢) مجلة البحوث الإسلامية -العدد الثالث -المجلد الأول ص ٣٦٠-٣٦١.

مكانه مكتبة عامة، بل لا يجوز بناء مكتبة عامة مكانه ولو كان منهدماً، وإنما الواجب ترميمه إن كان قديماً وبناء مسجد مكانه إن كان منهدماً ولو ببيع بعضه لإصلاح باقيه، لأن الأصل في الوقف ألا يباع ولا يوهب ولا يورث لقول النبي ﷺ لعمر بن الخطاب لما رغب التصدق بماله في خيبر: (تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته[1] فكان بياناً عاماً في كل وقف، واستثنى العلماء من ذلك إذا تعطلت منافعه أو كان نقله إلى مكان آخر أرغب فيه وأكثر انتفاعاً به وأصلح له، فيجوز بيعه أو مبادلته بمكان آخر..»[2].

المطلب الخامس: استبدال الوقف المنقول

ومثال ذلك: الدواب إذا كبرت، والثياب إذا خلقت، والحصر إذا بليت، وكتب العلم إذا بليت أيضاً، ونحو ذلك، فهل يملك الناظر استبدالها بغيرها، أو لا يملك ذلك؟.

نقل بعض الفقهاء الإجماع على جواز بيع دواب الحبس إذا لم تعد صالحة لما وقفت له، كالفرس إذا وقف للجهاد فكبر حتى أصبح لا يصلح له.

وممن نقل ذلك ابن قدامة حيث قال: «.. وبالقول الأول أقول لإجماعهم على جواز بيع الفرس الحبيس يعني الموقوفة على الغزو إذا كبرت فلم تصلح للغزو»[3].

---

(١) سبق تخريجه ص٥٧٣.

(٢) مجلة البحوث الإسلامية -العدد العاشر ص ٦٣-٦٤.

(٣) المغني ٦/ ٢٢٥.

وابن قاضي الجبل حيث قال: «جوَّز الأئمة الكبار، بل أجمع العلماء على جواز بيع دواب الحبس الموقوفة إذا لم تعد صالحة لما وقفت له»[١].

ولكنه بعد البحث والتمعن في كتب الفقهاء المختلفة اتضح لي أن المسألة محل خلاف، فللفقهاء فيها قولان:

القول الأول: أن الناظر يملك بيع الوقف المنقول واستبداله إذا ذهبت منفعته.

وبهذا قال الحنفية[٢]، والإمام مالك، وجمهور أصحابه[٣].

وجمهور الشافعية[٤]، وبه قال الحنابلة[٥].

القول الثاني: أن الناظر لا يملك بيع الوقف المنقول واستبداله وإن ذهبت منفعته.

وبهذا قال ابن الماجشون[٦] من المالكية[١]، وبعض الشافعية

---

(١) المناقلة بالأوقاف ص ٤٨.

(٢) الإسعاف ص ٢٤، البحر الرائق ٥/ ٢٢٣، شرح فتح القدير ٦/ ٢٣٧.

(٣) المدونة ٦/ ٩٩، البيان والتحصيل ١٢/ ٢٣٢-٢٣٣، ٣٠٨، التفريع ٢/ ٣١٠، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ١٠٢٠، القوانين الفقهية ص ٣٧٦.

(٤) الوجيز ١/ ٢٤٨، روضة الطالبين ٥/ ٣٥٧، تحفة المحتاج ٦/ ٢٨٣، أسنى المطالب ٢/ ٤٧٤-٤٧٥.

(٥) المغني ٦/ ٢٢٥، العدة ص ٢٨٢، الفروع ٤/ ٦٢٣، مجموع الفتاوى ٣١/ ٢١٤.

(٦) هو عبدالملك بن عبدالعزيز بن الماجشون، يكنى بأبي مروان، كان فقيهاً فصيحاً، تفقه على أبيه، وعلى الإمام مالك، وغيرهما، ودارت عليه الفتوى في أيامه حتى توفي، وكان مفتي المدينة في وقته، وقد عمي في آخر حياته، وله مؤلفات منها: رسالة في الإيمان بالقدر، توفي سنة ٢١٢هـ.

(ترتيب المدارك ٢/ ٣٦٠، الديباج المذهب ص ١٥٣-١٥٤).

فيما لا يحتاج إلى مؤنة[٢].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

ما رواه عمر بن الخطاب ﷺ قال: حملت على فرس في سبيل الله، فأضاعه الذي عنده، فأردت أن أشتريه منه، وظننت أنه بائعه برخص، فسألت عن ذلك النبي ﷺ فقال: «لا تشتره وإن أعطاكه بدرهم واحد، فإن العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه»[٣].

وجه الاستدلال:

قد سبق[٤] توجيه ذلك، وأن الرسول ﷺ لم ينكر بيع الفرس الحبيس، وإنما نهى عمر ﷺ عن شرائه، لكونه تصدق به حتى لا يحابي في الثمن.

ثانيا: من المعقول:

أن الأوقاف المنقولة إذا لم تعد صالحة لما وقفت له فهو فساد بين لا يرجى صلاحها، ولا يؤمل رجوعها إلى ما كانت عليه، فيكون بيعها

---

(١) البيان والتحصيل ٢/ ٢٣٢، التفريع ٢/ ٣١٠، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ١٠٢٠، القوانين الفقهية ص ٣٧٦، أصول الفتيا ص ٣٥٠.

(٢) روضة الطالبين ٥/ ٣٥٧، الابتهاج ٤/ ق ١٦٤/ ب.

(٣) سبق تخريجه ص٦٠٢.

(٤) ص٦٠٢.

أولى من الرباع[١].

هذا بالإضافة إلى ما استدل به من قال بجواز استبدال الرباع إذا خربت، لأنه إذا جازت في الرباع فالمنقولات أولى.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

استدلوا بعموم الأدلة الدالة على منع بيع الأوقاف مطلقاً كحديث ابن عمر -رضي الله عنهما- أن رسول الله ﷺ قال لعمر: «تصدق بأصله لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث»[٢].

قالوا: وهذا -أي المنقول- حبس، فلم يجز بيعه لعدم الانتفاع به، كما لا يجوز بيع الرباع إذا خربت[٣].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الأدلة العامة الدالة على منع بيع الأوقاف مطلقا قد سبق مناقشة الاستدلال بها في مثل تلك الأحوال، وإثبات أن المراد بها منع بيعها المبطل لأصل الوقف.

وأما القياس على الرباع الخربة، فإنه يجوز إبدالها إذا تعطلت منافعها أيضاً كما تقدم في المطلب الثاني مع بيان الأدلة عليه.

---

(١) المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ٦/ ١٣١، الابتهاج ٤/ل ١٦٤/ب.

(٢) سبق تخريجه ص٥٧٣.

(٣) المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ٦/ ١٣١.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية الناظر لبيع الوقف المنقول واستبداله إذا ذهبت منفعته؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من المصلحة الظاهرة للواقف والموقوف عليه، ولأنه هو المتمشي مع أدلة الشرع وقواعده العامة.

المطلب السادس: شروط استبدال الوقف عند القائلين بملكية الناظر له

لما أجاز بعض الفقهاء استبدال الوقف قيدوه بشروط وضوابط تقضي على السلبيات التي قد تحصل من عملية الاستبدال، والتي خوفاً من وقوعها قال بعض الفقهاء بعدم الجواز مطلقاً، ولكن الذين أجازوا استبدال الوقف من الفقهاء اختلفوا في بيان تلك الشروط بناء على اختلافهم في مسوغات ذلك الاستبدال، ولكن من خلال المسائل السابقة يمكن الإشارة إلى بعض هذه الشروط بإيجاز تجنباً للتكرار، ومنعا للتطويل، ومن هذه الشروط ما يلي:

الشرط الأول: ألا يكون البيع بغبن فاحش.

وهذا الشرط ذكره بعض الحنفية[1].

---

(١) فتاوى قاشيخان ٣/ ٣٠٧، البحر الرائق ٥/ ٢٢٢،٢٤١، الإسعاف ص ٣٦، حاشية رد المحتار ٤/ ٣٨٦.

وأشار إليه شيخ الإسلام ابن تيمية حيث قال في فتواه: «مع الحاجة يجب إبدال الوقف بمثله، وبلا حاجة يجوز بخير منه، لظهور المصلحة.. ولا يجوز أن يبدل الوقف بمثله، لفوات التعيين بلا حاجة»[1].

الدليل على هذا الشرط: أن القيم على الوقف بمنزلة الوكيل، فلا يملك البيع بغبن فاحش[2].

الشرط الثاني: أن تخرج العين الموقوفة عن الانتفاع بالكلية.

وهذا الشرط ذكره بعض الحنفية[3]، وبعض المالكية[4].

وأشار إليه ابن قدامة من الحنابلة حيث قال: «وإن لم تتعطل مصلحة الوقف لكن قلت وكان غيره أنفع منه وأكثر رد على أهل الوقف لم يجز بيعه»[5].

وقد اعترض على هذا الشرط اكتفاء بظهور الغبطة ورجحان المصلحة، ولذا قال شيخ الإسلام معترضاً عليه: «جواز بيع الوقف إذا خرب ليس مشروطاً بألا يوجد مستأجر، بل يباع ويعوض عنه إذا كان أصلح من الإيجار»[6].

ثم قال: «لم يشترط أحد من الأصحاب بعذر إجارة العرصة مع

---

(١) الاختيارات الفقهية ص ١٨٢.
(٢) فتاوى قاضيخان ٣/ ٣٠٧، البحر الرائق ٥/ ٢٢٢.
(٣) البحر الرائق ٥/ ٢٤٠، حاشية رد المحتار ٤/ ٣٨٦.
(٤) التاج والإكليل ٦/ ٤٢.
(٥) المغني ٦/ ٢٢٧.
(٦) مجموع الفتاوى ٣١/ ٣٢٥.

العلم بأنه في غالب الأحوال يمكن إجارة العرصة، لكن يحصل لأهل الوقف منها أغلب مما كان يحصل لو كان معموراً»[(١)].

وقد سبق تفصيل الكلام في ذلك في مسألة استبدال الوقف إذا لم تتعطل منافعه.

الشرط الثالث: ألا يكون هناك ريع للوقف يعمر به.

وهذا الشرك ذكره أيضاً بعض الحنفية[(٢)]، وبعض المالكية[(٣)].

وقد عورض هذا الشرط بما عورض به الشرط السابق، حيث أجاز شيخ الإسلام ابن تيمية الاستبدال بالعرصة بالرغم من إمكان حصول ريع منها بإجارتها[(٤)].

الشرط الرابع: أن يكون البدل عقاراً كالمبدل.

وقد اشترط هذا الشرط المتأخرون من الحنفية خوفاً على الأوقاف من الضياع[(٥)].

قال ابن نجيم: «.. ويجب أن يزاد آخر في زماننا، وهو أن يستبدل بعقار لا بالدراهم والدنانير، فإننا قد شاهدنا النظار يأكلونها»[(٦)].

---

(١) المرجع السابق ٣١/ ٢٢٧.

(٢) البحر الرائق ٥/ ٢٤١، حاشية رد المحتار ٤/ ٣٨٦.

(٣) التاج والإكليل ٦/ ٤٢.

(٤) مجموع الفتاوى ٣١/ ٢٢٥،٢٢٧.

(٥) رسائل ابن نجيم ص ٨٩، البحر الرائق ٥/ ٢٤١، حاشية رد المحتار ٤/ ٣٨٦.

(٦) البحر الرائق ٥/ ٢٤١.

وهذا ما دفع بعض القضاة إلى إجراء عملية بيع الأوقاف وشراء بدلها في آن واحد؛ لأنه إذا لم يبادر إلى شراء البدل وأودع الثمن ربما تزيد أقيام العقارات، أو يصاب الثمن بشيء من الآفات قبل أن يشترى به البدل»(١).

الشرط الخامس: أن يكون البدل والمبدل في محلة واحدة، أو الأخرى خير.

وهذا الشرط ذكره بعض الحنفية(٢).

لكن أشار بعضهم إلى عدم اشتراطه(٣)، حيث قال ابن نجيم: «لو أطلق الاستبدال فباعها بثمن ملك الاستبدال بجنس العقار من دار، أو أرض في أي بلد شاء»(٤).

كما ذكره بعض المالكية(٥).

وذهب الحنابلة إلى عدم اشتراطه، حيث قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «ما علمت أحداً اشترط أن يكون البدل في بلد الوقف الأول، بل النصوص عند أحمد وأصوله وعموم كلامه وكلام أصحابه وإطلاقه يقتضي أن يفعل في ذلك ما هو مصلحة أهل الوقف، فإن أصله في هذا الباب مراعاة مصلحة الوقف، بل أصله في عامة العقود اعتبار مصلحة الناس، فإن الله أمر بالصلاح ونهى عن الفساد، وبعث رسله بتحصيل

---

(١) مقدمة المناقلة بالأوقاف ص٧.

(٢) البحر الرائق، وحاشيته منحة الخالق معه ٥/ ٢٤١، حاشية رد المحتار ٤/ ٣٨٦.

(٣) فتاوى قاضيخان ٣/ ٣٠٧، الإسعاف ص ٣٦.

(٤) البحر الرائق ٥/ ٢٤٠.

(٥) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٨٧.

المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها..»[١].

وسيأتي تفصيل الكلام في حكم نقل الوقف من مكانه إن شاء الله تعالى.

الشرط السادس: أن يكون البدل والمبدل من جنس واحد.

وقد ذكر هذا الشرط بعض الحنفية[٢]، وبعض الحنابلة[٣].

واعترض عليه جمع من الحنابلة[٤].

واستدل من اعترض على اشتراطه بما يلي:

أن المقصود المنفعة لا الجنس، لكن تكون المنفعة مصروفة إلى المصلحة التي كانت الأولى تصرف فيها، حيث إنه لا يجوز تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه، كما لا يجوز تغيير الوقف مع إمكان الانتفاع به[٥].

الشرط السابع: ألا يستبد ناظر الوقف باستبداله، بل لا بد في ذلك من إذن القاضي.

وهذا الشرط ذكره الحنفية[٦]، والمالكية[٧]، والحنابلة[١].

---

(١) مجموع الفتاوى ٣١/ ٢٦٦.
(٢) منحة الخالق على البحر الرائق ٥/ ٢٤٠، حاشية رد المحتار ٤/ ٣٨٦.
(٣) الفروع ٤/ ٦٢٧، المبدع ٥/ ٣٥٥، مطالب أولي النهى ٤/ ٣٦٧، التوضيح ص ٢٥٢.
(٤) المغني ٦/ ٢٢٧، الإنصاف ٧/ ١٠١.
(٥) المغني ٦/ ٢٢٧.
(٦) البحر الرائق ٥/ ٢٤١، الدر المختار ٤/ ٣٨٦، مجمع الضمانات ص ٣٣٠.
(٧) التاج والإكليل ٦/ ٤٢.

ولا بد من التعرض لهذا الشرط بشيء من التفصيل، نظرا لتجرؤ بعض النظار، وفي بعض الأحيان غير الشرعيين على التصرف باستبدال الوقف دون إذن القاضي، بل بدون سؤال أهل العلم عن حكم ذلك وكيفيته، وذلك كما يلي:

اختلف الفقهاء فيمن له ولاية استبدال الأوقاف على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن ولاية استبدال الوقف للقاضي.

وبهذا قال الحنفية(٢)، والمالكية(٣)، وبعض الحنابلة(٤).

قال المرداوي: «وهو قوي في النظر»(٥).

القول الثاني: أن ولاية استبدال الوقف للناظر الخاص عليه.

وبهذا قال بعض الحنابلة(٦).

القول الثالث: أن ولاية استبدال الوقف إن كان على سبيل الخيرات فللقاضي وإلا فللناظر.

وبهذا قال بعض الحنابلة(٧).

---

(١) المبدع ٥/ ٣٥٥، الفروع وتصحيحه ٤/ ٦٢٦، الإنصاف ٧/ ١٠٥، ١٠٦.
(٢) فتاوى قاضيخان ٣/ ٣٠٦، الإسعاف ص ٣٦، حاشية رد المحتار ٤/ ٣٧٦، مجمع الأنهر ١/ ٧٣٦.
(٣) البيان والتحصيل ١٢/ ٢٠٤، التاج والإكليل ٦/ ٤٢.
(٤) الفروع ٤/ ٦٢٦، المبدع ٥/ ٣٥٥، الإنصاف ٧/ ١٠٥، ١٠٧، التوضيح ص ٢٥٢.
(٥) التنقيح المشبع ص ٢٥٥، ومثله قال الشويكي في التوضيح ص ٢٥٢.
(٦) المحرر ١/ ٣٧٠، الفروع وتصحيحه ٤/ ٦٢٦، الإنصاف ٧/ ١٠٦.
(٧) تصحيح الفروع ٤/ ٦٢٦، الإنصاف ٧/ ١٠٥، التوضيح ص ٢٥٢، كشاف القناع ٤/ ٢٩٥.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن بيع الوقف واستبداله بيع على الغائبين، وهم البطون الذين يستحقونه بعد انقراض الموجودين، فلا يستقل به الناظر؛ لأن نظره قاصر على مدة حياته، بل لا بد من صدور الإذن ممن يملك النظر العام على جميع البطون، وهو القاضي[(١)].

٢. أن بيع الوقف واستبداله فسخ لعقد لازم مختلف فيه اختلافاً قوياً، فهو محل نظر واجتهاد، وهذا من وظيفة القاضي دون الناظر أو الموقوف عليه[(٢)].

دليل القول الثاني:

يمكن الاستدلال لهذا القول بما يلي:

أن ناظر الوقف الخاص هو المفوض لتصريف شؤون الوقف، فيدخل في ذلك استبداله، لأنه من شؤونه.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بما استدل به أصحاب القول الأول.

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول على أن ولاية بيع الوقف للقاضي إذا

---

(١) المبدع ٥/ ٣٥٥.

(٢) المرجع السابق، وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٥١٥.

كان على سبيل الخيرات بالدليل الثاني من دليلي أصحاب القول الأول.

وأما قولهم بأن ولاية بيعه للناظر إذا لم يكن على سبيل الخيرات فلم أطلع على دليلٍ لهم عليه.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن ولاية استبدال الوقف للقاضي؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن في ذلك حفظاً للأوقاف من الاستبدال، وهو ما دعا كثيراً من الفقهاء إلى جعله بيد القاضي.

المطلب السابع: حكم استبدال الناظر للوقف إذا شرط الواقف عدم استبداله عند القائلين بملكية الناظر له (أي للاستبدال)

لما كان قصد الواقف استمرار الانتفاع بالوقف حتى يستمر الأجر فلا شك أنه حريص على استمرار العين الموقوفة، وقد يدفعه هذا الحرص إلى اشتراط عدم استبداله بغيره، فإذا فعل ذلك فهل يكون لهذا الشرط أثر بحيث يجب على الناظر التقيد به فلا يملك الاستبدال، أو لا؟.

اختلف من قال من الفقهاء في المطالب السابقة بملكية الناظر لاستبدال الوقف في أثر اشتراط الواقف عدم الاستبدال إذا كانت العين الموقوفة في الحال التي أجازوا فيها استبدال الوقف، وذلك على قولين:

القول الأول: أن الناظر يملك استبدال الوقف ولا أثر للشرط.

وبهذا قال جمهور الحنفية[١]، وبه قال الحنابلة[٢].

القول الثاني: أن الناظر لا يملك استبدال الوقف، بل يجب عليه اتباع الشرط.

وبهذا قال بعض الحنفية[٣].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

١. ما روته عائشة -رضي الله عنها- أن النبي ﷺ قال: «ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق»[٤].

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن النبي ﷺ أبطل الشرط، ولم يبطل العقد، فكذلك إذا شرط الواقف عدم استبدال الوقف بطل الشرط وصح الوقف، فلا يكون للشرط تأثير.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٩٥، البحر الرائق ٥/ ٢٤١، حاشية رد المحتار ٤/ ٣٨٦.

(٢) الفروع ٤/ ٦٢٥-٦٢٦، المبدع ٥/ ٣٥٥، مطالب أولي النهى ٤/ ٣٦٧.

(٣) رسائل ابن نجيم ص ٩٨.

(٤) هذا جزء من حديث قصة بريرة الذي سبق تخريجه ص ٥٩٤.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه قياس مع الفارق، لأن عقد الوقف عقد إسقاط، وعقد البيع عقد معاوضة، فلا يصح قياس عقود التبرعات على عقود المعاوضات.

٢.ما رواه أبو هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث: إلا من صدقة جارية...»[(١)] الحديث.

وجه الاستدلال:

حيث بين الرسول ﷺ في هذا الحديث أن مقصد الوقف الدوام والاستمرار، وشرط عدم استبدال الوقف لا فائدة فيه للوقف ولا مصلحة، بل فيه تعطيل له، فلا يقبل[(٢)].

ثانياً: من المعقول:

أن الأعيان الموقوفة إنما وقفت ليعود ريعها على مستحقيه جرياً على مناهج المعروف، وطلباً لإيصال الريع إلى مستحقيه، فالمطلوب من ذلك وصول النماء إلى أهله ووقوعه في أيدي مستحقيه مع زيادته واستنمائه، وفي اشتراط عدم الاستبدال عند الخراب تفويت للمصلحة على الوقوف عليهم[(٣)]، إذ في الاستبدال عند المصلحة ضرورة ومنفعة للموقوف عليهم[(٤)].

---

(١) سبق تخريجه ص ٦١٧.
(٢) حاشية رد المحتار ٤/ ٣٨٦.
(٣) المرجع السابق.
(٤) الفروع ٤/ ٦٢٦، المبدع ٥/ ٣٥٥، مطالب أولي النهى ٤/ ٣٦٧.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن شرط عدم الاستبدال فيه مصلحة للوقف، وهي تأبيده، فيصح الشرط، ولا يجوز الاستبدال معه[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه في الحقيقة دليل عليهم لا لهم، لأن في التمسك بالعين الموقوفة في حالة الخراب إبطالاً لغرض الواقف من دوام النفع، وفي تركها خربة يؤدي إلى ضياعها، بل ربما استيلاء الطامعين عليها مع مرور الوقت؛ لأن الغالب في العين الخربة ألا يتعاهدها الناظر مما يؤدي إلى نسيانها ومن ثم الاستيلاء عليها، ولكن في استبدالها عند التعطل رعاية لغرض الواقف واستبقاء الوقف بمعناه عند تعذر إبقائه في صورته كما سبقت.

٢. أن إلغاء شرط الواقف تعارضه القاعدة المشهورة: «نص الواقف كنص الشارع»[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن هذه القاعدة ليست على عمومها، فيكون مثل هذا الشرط مما يستثنى منها خاصة إذا علم أن فيه مخالفة لمقصد الوقف، وقد نص ابن نجيم نفسه الذي استدل بهذا الدليل على استثناء هذا الشرط

---

(١) رسائل ابن نجيم ص ٩٩.

(٢) رسائل ابن نجيم ص٩٩.

من هذه القاعدة حيث قال: «شرط الواقف يجب اتباعه لقولهم: شرط الواقف كنص الشارع.. إلا في مسائل.. السابعة: شرط الواقف عدم الاستبدال، فللقاضي الاستبدال إذا كان أصلح»[1].

التزجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية الناظر لاستبدال الوقف، وعدم تأثير اشتراط الواقف عدم الاستبدال؛ لقوة ما استدلوا به، ولأنه هو المتمشي مع طبيعة الوقف وحقيقته التي من أهم مزاياها الدوام والاستمرار وجريان الصدقة.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٩٥.

المبحث الثاني

نقل الناظر للوقف من مكانه إلى محلةٍ أو بلدٍ آخر.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: نقل الوقف إذا كان عقاراً.

المطلب الثاني: نقل الوقف إذا كان منقولاً.

المطلب الأول: نقل الناظر للوقف إذا كان عقاراً

إذا أراد ناظر الوقف أن ينقل الوقف إذا كان عقاراً كدار، أو مدرسة، أو مزرعة، أو نحو ذلك من بلد إلى آخر كنقله من الرياض إلى مكة أو نحو ذلك، أو من حي إلى حي من البلد الذي هو فيه، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟.

مما لا شك فيه أن من قال من الفقهاء فيما سبق بعدم ملكية الناظر لاستبدال الوقف منع نقل عقار الوقف من مكانه؛ لأن من لازم النقل الاستبدال، وأما الذين قالوا بملكية الناظر للاستبدال فقد اختلفوا في نقله، وذلك على قولين:

القول الأول: أن الناظر يملك نقل الوقف إذا كان عقاراً، إذا كان في النقل مصلحة مطلقاً.

وبهذا قال بعض الحنفية[١]، وبه قال الحنابلة[٢].

وقد سبق[٣] كلام شيخ الإسلام ابن تيمية في ذلك.

القول الثاني: أن الناظر يملك نقل الوقف إذا كان عقاراً، إلا إذا كان ذلك في محلة واحدة، أو كانت المحلة الأخرى خيراً من محلة الوقف.

وبهذا قال بعض الحنفية[٤].

---

(١) فتاوى قاضيخان ٣/ ٣٠٧، الإسعاف ص ٣٦، البحر الرائق ٥/ ٢٤٠.

(٢) مجموع الفتاوى ٣١/ ٢٦٦.

(٣) ص ٥٣٦-٥٣٧.

(٤) البحر الرائق ٥/ ٢٤١، حاشية رد المحتار ٤/ ٣٨٦، مجمع الأنهر ١/ ٧٣٦.

الأدلة:

دليل القول الأول:

يمكن الاستدلال لأصحاب هذا القول بما يلي:

أن النقل أقرب إلى مقصد الواقف، وهو نفع الموقوف عليهم، وليس في تخصيص مكان العقار الأول مقصد شرعي، ولا مصلحة لأهل الوقف، ما لم يأمر به الشارع، ولا مصلحة فيه فليس بواجب ولا مستحب.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «..فعلم أن تعيين المكان الأول ليس بواجب ولا مستحب لمن يشتري بالعوض ما يقوم مقامه، بل العدول عن ذلك جائز، وقد يكون مستحباً، وقد يكون واجباً إذا تعينت المصلحة فيه»[1].

دليل القول الثاني:

أما أصحاب القول الثاني فيمكن الاستدلال لهم على جواز النقل إذا كانت المحلة الجديدة خيراً من الأولى بما سبق الاستدلال به للقول الأول.

واستدلوا على عدم جواز النقل إذا كانت المحلة الأولى خيراً من الثانية بما يلي:

أن المحلة الثانية يحتمل أن تتعطل منافع العقار فيها بخرابه، لدناءتها

---

(١) مجموع الفتاوى ٣١/٢٦٨.

وقلة الرغبة فيها، فلا يجوز النقل إليها[١].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية الناظر لنقل الوقف إذا كان عقاراً إلى محلة غير محلته، أول بلد غير بلده إذا كان في النقل مصلحة مطلقاً؛ لقوة ما استدللت به لهم، ولما فيه من المصلحة الظاهرة للواقف والموقوف عليه، والشريعة الإسلامية السمحة إنما جاءت بجلب المصالح ودرء المفاسد.

المطلب الثاني: نقل الناظر للوقف إذا كان منقولاً

إذا كان الوقف منقولاً ككتب علم، أو سلاح للجهاد في سبيل الله، أو نحو ذلك فأراد الناظر نقله من بلده أو محلته إلى بلد أو محلة أخرى، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الناظر يملك نقل الوقف إذا كان منقولاً من محلته أو بلده إلى محلة أو بلد آخر، إذا كان هناك حاجة.

وبهذا قال جمهور الحنفية[٢]، وبه قال المالكية[٣].

والشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

---

(١) مجمع الأنهر ١/ ٧٣٦، حاشية رد المحتار ٤/ ٣٨٦.

(٢) الدر المختار ٤/ ٣٦٦، البحر الرائق ٥/ ٢٧٢، شرح فتح القدير ٦/ ٢٣٧.

(٣) مواهب الجليل ٦/ ٣٢، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٤/ ٩١.

(٤) روضة الطالبين ٥/ ٥/ ٣٥٩، مغني المحتاج ٢/ ٣٩٢، أسنى المطالب ٢/ ٤٧٥.

(٥) مجموع الفتاوى ٣١/ ٢٦٧، الإقناع ٣/ ٢٧، مطالب أولي النهى ٤/ ٣٦٨.

القول الثاني: لا يجوز نقل الوقف إذا كان منقولاً من مكانه مطلقاً.

وهذا هو الظاهر من قول بعض الحنفية[١].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الواقف إنما وقف العين لكي يستفاد منها ما أمكن على الدوام، وفي نقل العين الموقوفة عند الحاجة تحصيل لغرض الواقف في الجملة حسب الإمكان، فيملكه الناظر[٢].

دليل القول الثاني:

يمكن الاستدلال لأصحاب هذا القول بأنه قد يكون للواقف غرض في المكان أو المحلة بدليل جعل الوقف فيها، فيفوت بهذا النقل.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الغرض المقصود من الوقف هو استمرار الانتفاع به ليستمر الأجر، وهو لا يفوت بالنقل، بل قد يكون هو الوسيلة الوحيدة لذلك.

الترجيح:

الراجح في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية الناظر لنقل الوقف المنقول إذا كانت هناك مصلحة، لقوة ما استدلوا به، ولأن منع نقل العين الموقوفة من مكانها دون استبدالها

---

(١) حاشية رد المحتار ٤/ ٣٦٦.

(٢) كشاف القناع ٤/ ٢٩٦.

لمكان إقامة الموقوف عليهم فيه مخالفة لمقصد الواقف، وتعطيل للعين عن الانتفاع بها، والمقصود من مشروعيته استمرار الانتفاع به على الدوام، لقوله ﷺ: «إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث: إلا من صدقة جارية..»[1] الحديث.

(١) سبق تخريجه من حديث أبي هريرة ص ٦١٧.

المبحث الثالث
تغيير الناظر للوقف عن هيئته

وشاله جعل الدار بستاناً، أو العكس، أو جعل المدرسة مسجداً، أو العكس، فهل يملك ذلك، أو لا، وهل يشترط لذلك شروط، أو لا يشترط؟.

الظاهر من كلام الفقهاء كما سيتضح من خلال عرض المسألة اتفاقهم على أن الناظر لا يملك تغيير الوقف عن هيئته التي وقف عليها إذا لم يكن فيه -أي التغيير- مصلحة للوقف، أو للموقوف عليه.

أما إذا كان فيه مصلحة لذلك، فقد اختلف الفقهاء في حكمه، وذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الناظر يملك تغيير هيئة الوقف إذا كان فيه مصلحة.

وبهذا قال الحنفية[١]، والمالكية[٢].

وبه قال الحنابلة[٣].

وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية[٤].

قال شيخ الإسلام: «وجوز جمهور العلماء تغيير صورة

---

(١) البحر الرائق ٥/ ٢٣٣، الإسعاف ص ٦٢،٧٨، شرح فتح القدير ٦/ ٢٤١.

(٢) البيان والتحصيل ١٢/ ٢٣٤، مواهب الجليل ٦/ ٣٦.

(٣) الفروع ٤/ ٦٢٣، الإنصاف ٧/ ١٠٢، الإقناع ٣/ ٨٢، كشف المخدرات ٢/ ٥٠.

(٤) الاختيارات الفقهية ص ١٨١.

الوقف للمصلحة جعل الدور حوانيت[١]..»[٢].

القول الثاني: أن الناظر لا يملك تغيير هيئة الوقف إلا إذا شرط الواقف العمل بالمصلحة.

وبهذا قال بعض الشافعية[٣].

القول الثالث: أن الناظر لا يملك تغيير هيئة الوقف إلا بثلاثة شروط:

١. أن يكون التغيير يسيراً بحيث لا يغير مسمى الوقف.

٢. ألا يزيل التغيير شيئاً من عين الوقف.

٣. أن يكون في التغيير مصلحة للوقف.

وبهذا قال بعض الشافعية[٤].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من السنة، وآثار الصحابة، وهي كما يلي:

---

(١) قال الرازي: الدكان واحد الدكاكين وهي الحوانيت، فارسي معرب، وقال الفيومي: الدكان بمعنى الحانوت.

فعلى هذا يكون معنى الحوانيت الدكاكين.

(مختار الصحاح مادة «دكن» ص ٨٧، المصباح المنير، مادة «دكك» ١/ ١٩٨).

(٢) الاختيارات الفقهية ص ١٨١.

(٣) روضة الطالبين ٥/ ٣٦١، مغني المحتاج ٢/ ٣٩٣.

(٤) فتاوى ابن الصلاح ١/ ٣٦٧-٣٦٨، الابتهاج ٤/ل ١٧٧/أ، فتاوى ابن حجر الهيتمي ٣/ ١٥٣، مغني المحتاج ٢/ ٣٩٣.

أولاً: من السنة:

ما روته عائشة -رضي الله عنها- أن رسول الله ﷺ قال لها: «يا عائشة لولا أن قومك حديث عهد بجاهلية لأمرت بالبيت فهدم، فأدخلت فيه ما أخرج منه، وألزقته بالأرض، وجعلت له بابين باباً شرقياً وباباً غربياً، فبلغت به أساس إبراهيم..»[1] الحديث.

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن الرسول ﷺ أخبر بأنه لولا حداثة الناس بالشرك لغير هيئة الكعبة المشرفة بهدمها، وإدخال ما أخرج منها، والزاقها بالأرض، وجعل لها بابين، لأنه ﷺ رأى أن في ذلك مصلحة لها، وهذا يدل على جواز تغيير الوقف عن هيئته إذا كان فيه مصلحة له.

ثانياً: من الآثار:

فعل الصحابة الكرام -رضي الله عنهم أجمعين-، فقد روي عن بعضهم كعمر ابن الخطاب، وعبدالله بن مسعود، بل فعل عمر ما هو أبلغ من ذلك حيث حول مسجد الكوفة القديم فجعله سوقاً للتمارين، وبنى بدلاً منه في مكان آخر[2].[3]

دليل القول الثاني:

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

---

(١) سبق تخريجه ص ٦٢٧-٦٢٨.

(٢) سبق تخريج هذا الأثر ص ٦٢٥.

(٣) مجموع الفتاوى ٣١/ ٢٦١.

أنه يجب المحافظة على عين الوقف ورقبته؛ لأنها الأصل الذي نص الواقف على جنسه، وهي مادة الوقف وصورته المسماة من دار أو حمام أو نحوهما[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بما ذكر شيخ الإسلام من أن الاعتبار هو مقصد الواقف، وما هو أنفع لأهل الوقف، وليس هناك فائدة في الجمود على نص الواقف مع انتفاء المصلحة في ذلك، بل يدار مع المصلحة حيث كانت[2].

أدلة القول الثالث:

أما أصحاب القول الثالث فاستدلوا على عدم جواز تغيير هيئة الوقف إذا اختل شرط من الشروط الثلاثة التي ذكروا بما استدل به أصحاب القول الثاني، وقد سبقت مناقشته.

كما يمكن الاستدلال لهم على اشتراط المصلحة في التغيير بما استدل به أصحاب القول الأول.

أما الشرطان الباقيان فلم أطلع على دليلٍ لهم عليهما.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية الناظر لتغيير هيئة الوقف إذا كان فيه أي التغيير

---

(١) الابتهاج ٤/ ل ١٧٧/ أ، فتاوى ابن حجر الهيتمي ٣/ ١٥٣.

(٢) مجموع الفتاوى ٣١/ ٢٣٨،٢٦١.

مصلحة؛ لقوة ما استدلوا به، ولأنه الموافق لغرض الواقف -وإن أطلق-، لأن غرضه تكثير الريع لا المسمى، ولأنه قد سبق[1] ترجيح جواز استبدال العين الموقوفة إذا كان هناك مصلحة راجحة، فتجويز تغيير هيئتها فقط دون إبدالها أولى وأحرى.

---

(١) ص ٦٤٨.

المبحث الرابع
صرف الناظر لفاضل الوقف وكيفيته

ومثال ذلك: زيادة عدد الذكور في الماشية الموقوفة زيادة أكثر من الحاجة، ومثل أنقاض وقف لا حاجة للوقف فيه، ومثل ما فضل من حصر مسجد، أو مدرسة، أو رباط ونحوه، ومثل ما لو كان للمسجد ساحة كبيرة فانتزع جزء منها للمصالح العامة، مقابل عوض، ولم يتأثر المسجد بذلك.

فهذا الفاضل عبارة عن جزء من العين الموقوفة، فلا يجوز قسمته بين مستحقي الوقف، ولا حق لهم فيه؛ لأن حقهم إنما هو في المنافع والغلة، وأما العين فهي حق لله -سبحانه وتعالى-، فلا يصرف لهم غير حقهم[1].

وهذا إن أمكن صرفه وقف فيه تعيين ذلك، اتباعاً لشرط الواقف، وتحقيقاً لرغبته، وإن تعذر ذلك فقد اختلف الفقهاء في كيفية صرف الناظر له، وذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أنه يتعين على الناظر صرف فاضل الوقف في جنس ما وقف عليه.

وبهذا قال بعض الحنفية[2]، وبه قال المالكية[3].

---

(١) الهداية للمرغيناني ٣/ ١٧، اللباب شرح الكتاب ٢/ ١٨٥.

(٢) المبسوط ١٢/ ٤٢-٤٣، البحر الرائق ٥/ ٢٣٧، الإسعاف ص ٨١.

(٣) الشرح الكبير للدردير، وحاشية الدسوقي عليه ٤/ ٩١، التاج والإكليل ٦/ ٣٢.

وبعض الشافعية[1]، وبعض الحنابلة[2].

القول الثاني: أن للناظر صرف فاضل الوقف في مثله والصدقة به.

وبهذا قال الإمام أحمد، وهو المذهب عند أصحابه، وعليه جمهورهم[3].

القول الثالث: أنه لا يحق للناظر صرف فاضل الوقف في غيره، بل يحفظ حتى يحتاج إليه.

وبهذا قال بعض الحنفية[4].

القول الرابع: أن على الناظر أن يرد الفاضل إلى مالك الوقف.

وبهذا قال محمّد بن الحسن من الحنفية في آلات المسجد كالحصير والقنديل ونحوها[5].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن غرض الواقف هو الانتفاع من العين على الدوام فيما وقفها عليه، فإذا فاض الوقف عن الحاجة، وتعذر صرف الجميع فيما نص

---

(١) تحفة المحتاج ٦/ ٢٨٠.

(٢) المبدع ٥/ ٣٥٧، مجموع الفتاوى ٣١/ ٢٥٩.

(٣) المغني ٦/ ٢٢٩، المبدع ٥/ ٣٥٧، الإنصاف ٧/ ١١٢، الروض الندي ص ٣٠٢.

(٤) الهداية ٣/ ١٧، البحر الرائق ٥/ ٢٣٧، الكتاب للقدوري ٢/ ١٨٥، الدر المنتقى ١/ ٧٤٣.

(٥) تبيين الحقائق ٣/ ٣٣١، الإسعاف ص ٨١، حاشية رد المحتار ٤/ ٣٥٩.

عليه الواقف تعين مراعاة مقصد الواقف وغرضه في صرف الفاضل، فيصرف في مثل ما وقف عليه، ولا يجوز تملكه سواء للموقوف عليه أم لغيره، لبعده عن غرض الواقف[1].

ويمكن تأييد ذلك بما روي أن مكاتباً قام إلى أبي موسى الأشعري[2] ﷺ وهو يخطب في الناس يوم الجمعة، فقال له: أيها الأمير، حث الناس علي، فحث عليه أبو موسى، فألقى الناس عليه عمامة وملاءة[3] وخاتماً، حتى ألقوا سواداً كثيراً، فلما رأى أبو موسى ما ألقي عليه، قال اجمعوه، فجمع، ثم أمر به فبيع، فأعطى المكاتب مكاتبته، ثم أعطى الفضل في الرقاب، ولم يرده على الناس، وقال: إنما أعطى الناس في الرقاب[4].

ففي حكم أبي موسى الأشعري ﷺ هذا مع سكوت الصحابة - رضي الله عنهم أجمعين- وفي هذا المجمع الكبير دليل على أن الصدقة إذا لم يحتج إليها فيما تصدق بها صرفت إلى جنس المتصدق به، والأوقاف صدقة من الصدقات بدليل قول الرسول ﷺ في

---

(١) حاشية الشرواني ٦/ ٢٨٠.

(٢) هو عبدالله بن قيس بن سليم بن حضار الأشعري، يكنى بأبي موسى، مشهور باسمه وكنيته معا، قيل: إنه هاجر إلى الحبشة، وقدم المدينة بعد فتح خيبر، واستعمله الرسول ﷺ على بعض اليمن، ثم عمر على البصرة، ثم عثمان على الكوفة، ثم كان أحد الحكمين بصفين، ثم اعتزل الفتنة، وتوفي سنة ٤٢هـ وقيل ٤٤هـ.
(طبقات ابن سعد ٢/ ٣٤٤، أسد الغابة ٣/ ٢٤٥، الإصابة ٤/ ١١٩-١٢٠).

(٣) الملاءة بالضم والمد الإزار والربطة الملحفة، والجمع ملاء.
(لسان العرب، مادة ملأ ١/ ١٦٠).

(٤) رواه الطبري في تفسير ١٠/ ١١٣.

حديث أبي هريرة ﷺ: «إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث: إلا من صدقة جارية..»[١] الحديث، لكنها لا يباع أصلها، ولا يوهب ولا يورث.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من الآثار، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من الآثار:

ما ورد عن بعض الصحابة -رضي الله عنهم أجمعين- أنه تصدق بكسوة الكعبة المشرفة عندما تخرقت[٢].

فقد روي عن عمر ﷺ أنه كان ينزع كسوة البيت كل سنة، فيقسمها على الحاج[٣].

وروي عن عائشة -رضي الله عنها- أنها قالت لشيبة الحجبي في كسوة الكعبة القديمة: بعها واجعل ثمنها في سبيل الله والمساكين[٤].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته من وجهين:

الوجه الأول: لعل الكسوة التي حصل التصدق بها أصلها ريع وقف على الكعبة المشرفة، فتصدق بها بعض الصحابة -رضي

---

(١) سبق تخريجه ص ٦١٧.

(٢) المغني ٦/ ٢٢٩، المبدع ٥/ ٣٥٧.

(٣) سبق تخريجه ص ٦٠٥.

(٤) سبق تخريجه ص ٦٠٥.

الله عنهم أجمعين- بناء على ذلك، وهذا لا إشكال في صحته.

الوجه الثاني: على تقدير أن الكسوة هي من عين الوقف، وأن هذين الأثرين صحيحان، فإنه لا تقوم بهما حجة لمخالفتهما الحديث الصحيح، وهو قوله ﷺ لعمر: «تصدق بأصله لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث»[1]. وأثر الصحابي إذا خالف الحديث الصحيح لا تقوم به حجة.

ثانيا: من المعقول:

أن فاضل الوقف مال لله -سبحانه وتعالى- لم يبق له مصرف، فصرف إلى المساكين، كالوقف المنقطع[2].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه دليل على جواز التصدق بغلة الوقف لا بعينه، بدليل قياسه على الوقف المنقطع، فإنه يجوز صرف غلته إلى المساكين لا صرف عينه، كما سيأتي في مسألة صرف فاضل غلة الوقف إن شاء الله تعالى.

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن مقصود الواقف استمرار الانتفاع بالعين الموقوفة، وهذا يستلزم

---

(١) سبق تخريجه ص ٥٧٣.

(٢) المغني ٦/ ٢٣٠، المبدع ٥/ ٣٥٧.

العمارة ليبقى الوقف فيمسك الفاضل من الوقف، فإن مست الحاجة إليه في الحال صرف فيه، وإلا استمر إمساكه حتى لا يتعذر التعمير في وقت الحاجة، فيبطل المقصود[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن هذا الدليل دليل عليهم لا لهم؛ لأنه ما دام أن مقصود الواقف استمرار الانتفاع بالعين الموقوفة ففي إمساك بعضها وهو الفاضل تعطيل لجزء منها فيخالف مقصود الواقف، بل الموافق لمقصوده هو صرف الفاضل في غيره إذا كان من جنسه.

وأما الاحتجاج بالحاجة إلى التعمير في المستقبل فيقال بأنه يعمر من غلته إن أمكن، وإلا فإنه يدخل في حكم الوقف المتعطل المنافع، فيجوز استبداله -كما سبق-.

دليل القول الرابع:

أما صاحب القول الرابع فالظاهر أنه يستدل على قوله برد الفاضل إلى الواقف بما استدل به من قال بعدم لزوم الوقف، وقد سبق طرف منها في مسألة ملكية العين الموقوفة، وقد تمت مناقشتها هناك، فلا حاجة للإعادة.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأنه يتعين على الناظر صرف فاضل الوقف في جنس ما وقف فيه؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن فيه رعاية لغرض الواقف، كما أن فيه استمراراً لمنفعة الوقف؛ ليستمر الثواب.

---

(١) الهداية ٣/ ١٧، الاختيار ٣/ ٤٤.

المبحث الخامس

استدانة[١] الناظر على الوقف

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ملكية الناظر للاستدانة على الوقف.

المطلب الثاني: شروط الاستدانة على الوقف.

---

(١) فسر قاضيخان استدانة الناظر على الوقف بأنها، أن يشتري للوقف شيئاً وليس في يده شيء من غلات الوقف، ليرجع بذلك فيما يحدث من غلة الوقف.
(فتاوى قاضيخان ٣/ ٢٩٨).

المطلب الأول: ملكية الناظر للاستدانة على الوقف

إذا احتاج الوقف للمال لعمارته وصيانته وكان مما له غلة كأن يكون داراً تهدمت فتحتاج إلى عمارة، أو احتاجت إلى ترميم، أو بستانا فاحتاج إلى حفر بئر لاستخراج الماء له وليس عند الناظر ريع يعمل به ذلك، فهو يملك الاستدانة لذلك على أن يوفيه فيما بعد، أو لا يملكها؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الناظر يملك الاستدانة على الوقف إذا كان فيها مصلحة له.

وبهذا قال أكثر الحنفية(١)، وبه قال المالكية(٢).

والشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

لكنهم اشترطوا لذلك شروطاً سيأتي ذكرها قريباً إن شاء الله تعالى.

القول الثاني: أن الناظر لا يملك الاستدانة على الوقف مطلقاً.

وبهذا قال بعض الحنابلة(٥).

---

(١) فتاوى قاضيخان ٣/ ٣٠٠، مجمع الضمانات ص ٣٣٢،٣٢٦، الإسعاف ص ٦١، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٩٤، ٢٠٢، حاشية رد المحتار ٤/ ٤٣٩.

(٢) حاشية الدسوقي ٤/ ٨٩، بلغة السالك ٢/ ٣٠٥.

(٣) روضة الطالبين ٥/ ٣٦١، مغني المحتاج ٢/ ٣٩٦، نهاية المحتاج ٥/ ٤٠٠، فتح الجواد ١/ ٦٢٠، أسنى المطالب ٢/ ٤٧٦.

(٤) الفروع ٤/ ٦٠٠، المبدع ٥/ ٣٣٨، الإنصاف ٧/ ٧٢، غاية المنتهى ٢/ ٣٠٤، كشف المخدرات ٢/ ٤٧.

(٥) وقف هلال ص ٣٣، البحر الرائق، ومنحة الخالق عليه ٥/ ٢٢٨.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

يمكن الاستدلال لأصحاب هذا القول بعموم ما يأتي:

١. ما رواه أبو هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث: إلا من صدقة جارية..»[1] الحديث.

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن النبي ﷺ بين فيه أن مقصد الواقف هو استمرار الانتفاع به، وفي الاستدانة على الوقف إذا احتاج إليها لإصلاحه وتعميره استمرار له، وفي عدمها تعطيل وخراب له، فتجوز الاستدانة لذلك.

٢. ما رواه المغيرة بن شعبة ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن الله كره لكم ثلاثا: قيل وقال، وإضاعة المال، وكثرة السؤال»[2].

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن الرسول ﷺ بين فيه النهي عن إضاعة المال، وفي عدم الاستدانة على الوقف لإصلاحه وتعميره إذا احتاج إلى ذلك خراب وتعطيل له، فيدخل ذلك في إضاعة المال المنهي عنها في هذا الحديث.

---

(١) سبق تخريجه ص ٦١٧.

(٢) سبق تخريجه ص ٦١٧.

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن عمارة الوقف إذا احتاج إليها إنما تجعل في غلته، ولا يصح جعلها فيما سوى ذلك، فلا تجوز الاستدانة عليه[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه لا إشكال في أنه إذا كان هناك ما يعمر به الوقف دون استدانة فإن الاستدانة لذلك لا تصح، وإنما الكلام فيما إذا لم يوجد إلا الاستدانة، فيجوز العمارة بها، استدامة للوقف، وحفاظاً عليه.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية الناظر للاستدانة على الوقف إذا كان فيها مصلحة له؛ لعموم ما استدللت به لهم، ولما فيها من المصلحة الظاهرة للوقف والواقف والموقوف عليه، وحفظ الوقف من الخراب.

وقد أجاز مجلس القضاء الأعلى بالمملكة العربية السعودية الاستدانة على الوقف من صندوق التنمية العقارية من أجل عمارته، بل إنه أجاز رهن ما أقيم على أرض الوقف من بناء دون أصل الأرض، وإليك نص قرار هيئة المجلس في ذلك:

---

(١) وقف هلال ص ٣٣.

مجلس القضاء الأعلى الرقم: ١٥٩

الهيئة الدائمة تاريخ ١٥/٧/٩٦هـ

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على رسول الله نبينا محمّد وآله وصحبه وبعد فقد اطلع مجلس القضاء الأعلى المنعقد بهيئته الدائمة على خطاب معالي وزير العدل رقم ٤٠١ وتاريخ ٥/٤/٩٦هـ ومشفوعه خطاب مدير صندوق التنمية العقاري رقم ٤٤٨ في ١٥/٢/٩٦هـ بشأن إقراض المواطنين على أراضي الوقف والحكر وأن الأمر يستلزم رهن المنشآت المذكورة التي ستقام على هذه الأراضي وطلب إبلاغ رؤساء المحاكم وكتاب العدل بإكمال إجراءات رهن المنشآت المذكورة، وبدراسة ما ذكر وتأمل ما قرره أهل العلم في هذا ولأن الرهن شرع للتوثقه فهو توثقة دين بعين ما يمكن استيفاؤه منها أو من ثمنها أو من ما لا يجوز بيعه لا يصح رهنه ما عدا ما استثني، ونظراً لأن الموقوف لا يصح رهنه كما قرر ذلك العلماء -رحمهم الله- كما لا يجوز بيعه إلا في حالات خاصة، ولأن للنظر أن يستديم أو يقترض الموقوف من أجل إصلاحه، ولكون الاقتراض من بنك التنمية العقاري إنما هو لمصلحة الموقوف وتنمية موارده لكون رهن الوقف غير جائز كما تقدم فإن مجلس القضاء الأعلى المنعقد بهيئته الدائمة رغبة منه في حفاظ عين الوقف من ناحيته ورغبته في العمل على إصلاح الأوقاف وتنمية مواردها من ناحية أخرى يقرر ما يلي:

١. جواز الاقتراض من بنك التنمية العقاري لعمارته الوقف بعد إذن القاضي وإصدار صك بذلك يتضمن الإذن بالاقتراض للوقوف بقدر ما تحتاجه عمارته والإذن برهن الانقاض والمنشأة على أرض الوقف بعد تحقيق انفاق كامل المبلغ المقترض في عمارته الوقف.

٢. جواز رهن ما قيم على أرض الوقف من أنقاض بعد إكمال العمارة وبعد تعميد المحكمة رجال من أهل الخبرة يقفون على عين الوقف لبيان ما إذا كان البناء موافقاً لما تضمنته المواصفات التي صدر الإذن من القاضي بموجبها وإن نفقة البناء بقدر المبلغ المقترض من البنك.

٣. بعد ذلك يصدر إذن خطي من القاضي موجه لكاتب العدل لتسجيل إقرار النظر برهن الانقاض للبنك على وفق ما يتضمنه صك الإذن لا يستوفي البنك أمواله في المواقية المتفق عليها واذن فيها القاضي، أما البنك العقاري فيمكن محافظته على ضمان أنها -العمارة والانفاق والاقصاد- رهن البناء وذلك باشتراكه في الإشراف مع النظر على ما انشاء البناء وانفاق الاقصاد في حينها.

وبالله التوفيق وصلى الله على محمّد وآله وصحبه وسلم.

الهيئة الدائمة بمجلس القضاء الأعلى:

عضو	عضو	عضو	عضو	رئيس المجلس
صالح الحيدان	غنيم المبارك	عبدالمجيد حسن	عبدالله بن عقيل	عبد الله بن حميد

المطلب الثاني: شروط الاستدانة على الوقف

اشترط بعض من أجاز من الفقهاء الاستدانة على الوقف في المطلب

السابق وهم أكثر من الحنفية، وهو قول المالكية، والشافعية، والحنابلة للاستدانة شرطين، وهما:

الشرط الأول: أن تكون الاستدانة بإذن القاضي أو نائبه، وقد اختلف الفقهاء في اشتراط هذا الشرط على قولين:

القول الأول: أن هذا الشرط معتبر، فلا يملك الناظر الاستدانة على الوقف إلا بإذن القاضي أو نائبه.

وبهذا قال من أجاز الاستدانة على الوقف من الحنفية[١]، وبه قال بعض الشافعية[٢].

القول الثاني: أن هذا الشرط غير معتبر، فيملك الناظر الاستدانة على الوقف بدون إذن القاضي أو نائبه.

وبهذا قال المالكية[٣]. وبعض الشافعية[٤].

وبه قال الحنابلة[٥].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن في الاستدانة على الوقف إثبات دين في رقبته متعلق بسائر البطون، فلا يستقل به الناظر؛ لأنه ليس له النظر إلا مدة حياته

(١) الإسعاف ص ٦١، شرح فتح القدير ٦/ ٢٤٠، الدر المختار ٤/ ٤٣٩.
(٢) روضة الطالبين ٥/ ٣٦١، مغني المحتاج ٢/ ٣٩٦، نهاية المحتاج ٥/ ٤٠٠.
(٣) حاشية الدسوقي ٤/ ٨٩، بلغة السالك ٢/ ٣٠٥.
(٤) أسنى المطالب ٢/ ٤٧٦، الإتحاف في إجارة الأوقاف ٣/ ٣٢٩، حاشية قليوبي ٣/ ٦٩.
(٥) الفروع ٤/ ٦٠٠، المبدع ٥/ ٢٣٨، الإنصاف ٧/ ٧٢، غاية المنتهى ٢/ ٣٠٤.

فقط، فاحتيج إلى إذن له ممن لـه النظـر العـام علـى الجميـع وهـو القاضي[1].

٢. أن الاستدانة على الوقف محل نظـر واجتـهاد، وهـذا مـن وظيفـة القاضي دون الناظر[2].

أدلة القول الثاني:

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن لـولي اليتيـم الحـق بالاقـتراض لـه -أي لليتيـم- بـدون إذن القاضي، فكذلك ناظر الوقف قياساً عليه[3].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه قياس مع الفارق، حيث قال ابـن حجـر الهيثمـي: «إنه يضيق في الناظر ما لا يضيق في ولي اليتيم، ومن ثم جرى خلاف في الفسخ بالزيادة على ما أجربه أثناء المدة، ولم يجز نظير ذلك في إيجار ولي اليتيم»[4].

كما أن في استدانة ولي اليتيم إثبات ديـن متعلـق بمـن هـو ولي عليـه فقط، فله أن يستقل به، بخلاف الاستدانة على الوقف ففيها إثبات ديـن في رقبة الوقف متعلق بسائر البطون، فلا يستقل به؛ لأنه ليس لـه النظـر

---

(١) الإتحاف في إجارة الأوقاف ٣/٣٢٩، الابتهاج ٤/ل ١٧٨/أ.

(٢) الإتحاف في إجارة الأوقاف ٣/ ٣٢٩.

(٣) أسنى المطالب ٢/ ٤٧٦، الإتحاف في إجارة الأوقاف ٣/ ٣٢٩.

(٤) الإتحاف في إجارة الأوقاف ٣/ ٣٢٩.

إلا مدة حياته.

٢. أن ناظر الوقف مؤتمن مطلق التصرف، فالإذن والائتمان ثابتان[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه لا شك أن الناظر مؤتمن، ولكنه ليس مطلق التصرف فمتى اتضح فساد تصرفه لم ينفذ، فلهذا لو تصرف في الوقف أو منفعته تصرفاً يقصد من ورائه مصلحة لنفسه أو ولده لم يصح منه، وكذا لو استدان له من غير حاجة، ونحو ذلك.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل باعتبار شرط إذن القاضي أو نائبه في الاستدانة على الوقف، فلا يملكها الناظر إلا بذلك؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن في ذلك حفاظاً على عين الوقف من تلاعب بعض النظار ممن قلت عندهم الأمانة.

الشرط الثاني: أن يكون في الاستدانة مصلحة متحققة للوقف، كقيام الحاجة إلى الاستدانة لعمارته، أو نحو ذلك.

وهذا اشترطه كل من قال من الفقهاء بملكية الناظر للاستدانة على الوقف وهم:

---

(١) كشاف القناع ٤/ ٢٦٧.

أكثر الحنفية[١]، وبه قال المالكية[٢].

والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

لكن بعضهم قيد هذه المصلحة بأن تصل إلى حد الضرورة التي تلجيء إلى الاستدانة، وهؤلاء هم أكثر الحنفية[٥]، وبعض الشافعية[٦]، حيث إنهم ذكروا أن الأصل والقياس عدم الاستدانة، إلا أن هذا القياس يترك فيما فيه ضرورة نحو أن يكون في أرض الوقف زرع يأكله الجراد ويحتاج إلى النفقة لجمع الزرع، أو طالبه السلطان بالخراج جاز له الاستدانة؛ لأن القياس يترك للضرورة[٧].

وبناء على هذا فإنه إذا لم توجد مصلحة في الاستدانة على الوقف فإن الناظر لا يملكها، ومن ذلك ما يلي:

أولاً: أن يكون للوقف غلة فإنه لا تجوز الاستدانة عليه؛ لأنه لا ضرورة إلى الاستدانة؛ لأن الغلة تباع ويؤدى منها ما يحتاج إليه الوقف[٨].

---

(١) الدر المختار ٤/ ٤٣٩، حاشية الطحطاوي ٢/ ٥٦١، مجمع الضمانات ص ٣٣٢.

(٢) حاشية الدسوقي ٤/ ٨٩، بلغة السالك ٢/ ٣٠٥.

(٣) نهاية المحتاج ٥/ ٤٠٠، حاشية الجمل ٣/ ٥٩٢.

(٤) الفروع ٤/ ٦٠٠، المبدع ٥/ ٣٣٨، الإنصاف ٧/ ٧٢، غاية المنتهى ٢/ ٣٠٤، كشاف القناع ٤/ ٢٦٧.

(٥) مجمع الضمانات ص ٣٢٦، البحر الرائق ٥/ ٢٢٧.

(٦) تيسر الوقوف ل ٤٧/ ب.

(٧) منحة الخالق ٥/ ٢٢٧.

(٨) مجمع الضمانات ص ٣٣٢، شرح فتح القدير ٦/ ٢٤١، البحر الرائق ٥/ ٢٢٨.

ثانياً: أن تكون العين الموقوفة قابلة للإجارة، فإذا كانت كذلك وأمكنت إجارتها سواء كانت إجارة قصيرة أم طويلة فإنه لا يستدين، حيث إن مصلحة الوقف تقتضي عدم الاستدانة؛ لأن عمارته أمكنت دونها(١).

ثالثاً: أن يكون المقصد من الاستدانة مصلحة الموقوف عليه دون عين الوقف، ولهذا لا تجوز الاستدانة من أجل الصرف للمستحقين، أنه يستثنى من ذلك إذا كان الصرف لهم ضرورة مصالح، كالصرف للإمام أو نائبه(٢).

---

(١) مجمع الضمانات ص ٣٣٢، حاشية الطحطاوي ٢/ ٣٦١، حاشية رد المحتار ٤/ ٤٣٩.
(٢) مجمع الضمانات ص ٣٣٢، حاشية رد المحتار ٤/ ٤٣٩.

المبحث السادس

رهن الناظر للوقف، وأخذ الرهن عليه

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: رهن عين الوقف.

المطلب الثاني: أخذ الرهن على عواري الأعيان الموقوفة.

المطلب الأول: رهن عين الوقف

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على قاعدة عامة فيما يجوز رهنه، وهذه القاعدة هي «كل ما جاز بيعه جاز رهنه، وكل ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه» ولكل مذهب استثناءات من هذه القاعدة تخصه[1].

وبناء على هذه القاعدة، وعلى مسألة حكم الرجوع في الوقف المطلق، اختلف الفقهاء في حكم رهن عين الوقف على قولين:

القول الأول: لا يصح الرجوع في الوقف المطلق، فلا يجوز بيعه، ومن ثم لا يجوز رهنه.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة في رواية عنه، وبها أخذ أصحابه[2]، والمالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5].

القول الثاني: يصح الرجوع في الوقف المطلق، فيجوز بيعه، وبن ثم يجوز رهنه.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة في رواية عنه[6].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٨٨، الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٨١٢، بداية المجتهد ٢/ ٢٧٢، المهذب ١/ ٣١٥، روضة الطالبين ٤/ ٤٠٤، الوجيز ١/ ١٥٩، المغني ٤٧/ ٣٨٢، المذهب الأحمد ص٩١، العمدة ص٢٤٦.

(٢) مجمع الأنهر ١/ ٧٥٢، والإسعاف ص ٦١، البحر الرائق ٥/ ٢٢١، حاشية رد المحتار ٦/ ٤٩٢.

(٣) الكافي لابن عبد البر ٢/ ٨١٢، حاشية الدسوقي ٣/ ٢٣٣، بلغة السالك ٢/ ١٠٩، جواهر الإكليل ٢/ ٧٨.

(٤) الوجيز ١/ ١٥٩، روضا الطالبين ٤/ ٤٠، مغني المحتاج ٢/ ١٢٢، نهاية المحتاج ٤/ ٢٣٨، فتح الجواد ١/ ٤٤٨.

(٥) المغني ٤/ ٣٨٢، المبدع ٤/ ٢١٧، الروض الندي ص ٣٠٢، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٣٠.

(٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٨٨.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

ما جاء من حديث عبد الله بن عمر ﷺ أن النبي ﷺ قال لعمر: «تصدق بأصله لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث»[1].

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن النبي ﷺ بيّن فيه أنه لا يصح بيع الرهن، وإذا كان لا يصح بيعه لا يصح رهنه؛ لأن الغرض من الوقف بيعه عند حلول الدين، وعدم السداد.

ثانياً: من المعقول:

١. أن مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه عند التعذر، وما لا يجوز بيعه كالوقف لا يمكن فيه ذلك، فلا يجوز رهنه[2].

٢. أن رهن الوقف يلزم منه تعطيله بحبسه عند المرتهن، وهذا خلاف مقصود الواقف، فلا يجوز[3].

دليل القول الثاني:

أما صاحب القول الثاني فالظاهر أنه يستدل على قوله بما يلي:

---

(١) سبق تخريجه ص ٥٧٣.

(٢) المغني ٤/ ٣٨٢، المبدع ٤/ ٢١٧.

(٣) الإسعاف ص ٦١.

أنه يصح للواقف الرجوع في الوقف؛ لأن ملكه لا يزول عن العين الموقوفة وإذا جاز الرجوع جاز له البيع، ومن ثم جاز الرهن؛ لأن ما جاز بيعه جاز رهنه.

مناقشة الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بعدم زوال ملكية العين الموقوفة عن ملكية الواقف، بل تزول بمجرد الوقف، فلا يصح له الرجوع، وبناء عليه لا يجوز البيع ومن ثَمَّ الرهن.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم صحة الرجوع في الوقف المطلق، وبناء عليه لا يجوز بيعه، ومن ثم لا يجوز رهنه؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من تحقيق مقصود الواقف من استمرار الوقف واستمرار الانتفاع به.

ولهذا فإن مجلس القضاء الأعلى في المملكة العربية السعودية عندما أجاز الاستدانة على الوقف لعمارته من صندوق التنمية العقارية أجاز رهن ما أقيم على أرض الوقف، دون أصله وهو الأرض، ذلك في قراره رقم ١٥٩، وتاريخ ١٥/ ٧/ ١٣٩٦هـ كما سبق نصه في المطلب الأول من المبحث السابق، حيث اعتبر أن ما أقيم على الوقف وهو البناء لم يدخل في حكم الوقفية حتى يستوفي الصندوق كامل استحقاقه منه.

المطلب الثاني: أخذ الرهن على عواري الأعيان الموقوفة

ومثال ذلك: كتب العلم إذا وقفت للإعارة، وآلات الحرب إذا وقفت على المجاهدين، والحلي إذا وقف للإعارة، ونحو ذلك، فهل يملك الناظر أخذ الرهن عليها، أولا يملكه ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الناظر لا يملك أخذ الرهن على عواري الأوقاف، وشرط أخذه عليها باطل.

وبهذا قال الحنفية[(١)]، والمالكية[(٢)].

وأكثر الشافعية[(٣)]، وهو وجه عند الحنابلة[(٤)].

القول الثاني: أن الناظر يملك أخذ الرهن على عواري الأوقاف.

وبهذا قال بعض الشافعية[(٥)]، وهو وجه عند الحنابلة[(٦)].

الأدلة:

أستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الرهن لا يصح في عواري الأوقاف؛ لأنها غير مضمونة في يد

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٥٦، البحر الرائق ٤/ ٢٦٤، حاشية رد المحتار ٣/ ٦٨٤، ٤/ ٣٥٢، ٦/ ٤٩٢.

(٢) مواهب الجليل ٦/ ٦٨٤، ٤/ ٣٥٢، ٦/ ٤٩٢.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٥٤، مغني المحتاج ٢/ ١٢٦.

(٤) الكافي لابن قدامة ٢/ ١٢٩، الإنصاف ٥/ ١٣٧،٦/ ١١٣، تصحيح الفروع ٤/ ٢٠٩، كشاف القناع ٣/ ٣٢٤.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٥٤، مغني المحتاج ٢/ ١٢٦.

(٦) الكافي لابن قدامة ٢/ ١٢٩، الإنصاف ٥/ ١٣٧.

الموقوف عليه، كما أنها لا تسمى عارية؛ لأن الآخذ لها من أهل الوقف، فهو مستحق للانتفاع بها، ويده عليها يد أمانة، والأمانات غير مضمونة، لما رواه عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «لاضمان على مؤتمن»[١] والرهن إنما شرع توثقه وضماناً[٢].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

قياس عواري الأوقاف على ما في الذمة، حيث إن الرهن بها يحمل الراهن على أدائها، وإن تعذر أداؤها استوفى بها له من ثمن الرهن[٣].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه المناوي[٤] بأنه مردود؛ لأن الراهن إنما يحمل أداء العين إذا أمكن الاستيفاء بها من الرهن عند تعذر أدائها، والاستيفاء إنما يكون فيما يضمن والأعيان الموقوف للإعارة غير مضمونة من مستعيرها، فأخذ الرهن عليها رهن بعين غير مضمونة لو تلفت بلا تقصير ولا تفريط، وذلك لأن الراهن بعض المستحقين، فتكون العين الموقوفة أمانة

---

(١) سبق تخريجه ص ٥٥٣، وبيان ضعفه.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٥٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٥٥.

(٣) كشاف القناع ٣/ ٣٢٤.

(٤) هو عبد الرؤف بن تاج العارفين بن علي المناوي، القاهري، الشافعي، عالم مشارك في أنواع العلوم، ولد سنة ٩٥٢هـ وله مؤلفات منها: تيسير الوقوف على أحكام الموقوف، وفيض القدير شرح الجامع الصغير، والروض الباسم في شمائل المصطفى أبي القاسم، وتوفي سنة ١٠٢٩، وقيل ١٠٣١هـ.

(البدر الطالع ١/ ٣٥٧، معجم المؤلفين ٥/ ٢٢٠-٢٢١).

في يده، والأمانات غير مضمونة بلا تعد، فلا يجوز أخذ الرهن عليها[1].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الناظر لأخذ الرهن على عواري الأوقاف؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن المقصود بالرهن الوفاء من ثمن المرهون عند التلف، وهذا الموقوف لو تلف بدون تعد أو تفريط لم يضمن؛ لأنه أمين عليه بحكم أحد المستحقين للوقف.

(١) تيسير الوقوف ل ١٢٥/أ.

المبحث السابع
توكيل الناظر غيره في النظارة على الوقف[١]

إذا أراد الناظر أن يوكل غيره للقيام بشؤون الوقف إما لعذر عجزه عن القيام بها جميعاً لكثرتها، أو لانشغاله بما هو أهم منها، أو لغير ذلك من الأسباب، أو لغير عذر، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه ؟

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن ناظر الوقف يملك توكيل من ينوب عنه في التصرفات التي يملكها في الوقف، أو بعضها.

فقد قال بذلك الحنفية[٢]، والمالكية[٣].

والشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

جاء في أدرار الشروق على أنواع الفروق: «.. فالمالية (يعني الأعمال المالية) المحضة لا أعلم خلافاً في صحة النيابة فيها»[٦].

وقال ابن قدامة: «ويجوز التوكيل في الحوالة والرهن.. والوقف.. ولا نعلم في شيء من ذلك اختلافاً»[٧].

---

(١) التوكيل في نظارة الوقف هو: إنابة ناظر الوقف من يقوم مقامه في التصرفات التي يملكها. (وقف عشوب ص ٨٠).

(٢) مجمع الضمانات ص ٢٣٦، البحر الرائق ٥/ ٢٢٢، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٠٢، حاشية رد المحتار ٤/ ٤٢٥، شرح فتح القدير ٦/ ٢٤٢.

(٣) الفروق ٣/ ٣، التاج والإكليل ٥/ ١٨١، فتح العلي المالك ٢/ ٣٢٧-٣٢٨، الشرح الصغير ٢/ ١٨٢.

(٤) المهذب ١/ ٣٥٥، روضة الطالبين ٤/ ٢٩١، تحفة المحتاج ٦/ ٢٩١، مغني المحتاج ٢/ ٢٢٠.

(٥) المغني ٥/ ٢٠٣، ٢٠٤، العدة ص ٢٥٢، الإنصاف ٥/ ٣٦٨، مطالب أولي النهي ٤/ ٣٣٠.

(٦) أدرار الشروق على أنواع الفروق ٢/ ٢٠٥.

(٧) المغني ٥/ ٢٠٣، ٢٠٤، كما نقل هذا الإجماع أيضاً المقدسي في العدة ص ٢٥٢.

كما ذكر المرداوي في الإنصاف[١] عن بعض الفقهاء نقل الإجماع على صحة الوكالة في الوقف.

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

١. ما رواه علي بن أبي طالب ﷺ قال: لما نزلت عشر آيات من براءة على النبي ﷺ طلب أبا بكر ﷺ فبعثه بها ليقرأها على أهل مكة، ثم دعاني النبي ﷺ فقال لي: «أدرك أبا بكر فحيثما لحقته فخذ الكتاب منه، فاذهب به إلى أهل مكة، فاقرأه عليهم» فلحقته بالجُحْفة[٢]، فأخذت الكتاب منه، ورجع أبو بكر ﷺ إلى النبي ﷺ، فقال: يارسول الله، نزل فيَّ شيء ؟ قال: «لا، ولكن جبريل جائني، فقال: لن يؤدي عنك إلا أنت أو رجل منك»[٣].

٢. ما رواه أنس بن مالك ﷺ قال: بعث النبي ﷺ ببراءة مع أبي بكر، ثم دعاه، فقال: «لا ينبغي لأحد أن يبلغ هذا إلا رجل من أهلي، فدعا عليه فأعطاه إياه»[٤].

---

(١) الإنصاف ٥/ ٣٥٦.

(٢) الجحفة بالضم ثم السكون، كانت قرية كبيرة على طريق المدينة من مكة أربع مراحل، وهي ميقات أهل مصر والشام إذا لم يمروا بالمدينة، وكان اسمها مهيعة، وإنما سميت الجحفة لأن السيل اجتحفها في بعض الأعوام، قال الحموي: وهي الآن خراب.
(معجم البلدان ٢/ ١١١).

(٣) رواه عبد الله بن الإمام أحمد في زوائد المسند ١/ ١٥١.

(٤) رواه الترمذي في ابواب تفسير القرآن عن رسول الله ﷺ باب ومن سورة التوبة ٤/ ٣٣٩، الحديث رقم ٥٠٨٥، بهذا اللفظ، وقال: «هذا حديث حسن غريب من حديث أنس».
كما رواه عن ابن عباس ﷺ بمعنى هذا الحديث في الكتاب والباب السابقين ٤/ ٣٣٩-٣٤٠، الحديث رقم ٥٠٨٦، وقال: «وهذا حديث حسن غريب من هذا الوجه من حديث ابن عباس».

وجه الاستدلال بهذين الحديثين:

قال السيوطي(١): «هذه استنابة من النبي ﷺ في تبليغ ما أمر بتبليغه، ثم لما أمر أن يستنيب رجلاً من قبيلة مخصوصة رجع إليه، فيستدل بفعله أولاً على جواز الاستنابة مطلقاً إذا سكت الواقف عن شرط، ويستدل بفعله ثانياً على أنه إذا خصص الواقف تخصيصاً يتبع شرطه»(٢).

---

(١) هو عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمّد الخضري الأصل، المصري، الشافعي، جلال الدين، ولد سنة ٨٤٩هـ ونشأ بالقاهرة يتيماً، وسافر إلى الفيوم، ودمياط، والمحلة وأجاز له أكابر علماء عصره من سائر الأمصار، له مؤلفات كثيرة في مختلف الفنون منها: الدر المنثور، الإتقان في علوم القرآن، والجامع الصغير، توفي سنة ٩١١هـ.
(البدر الطالع ١/ ٣٢٨-٣٣٥، شذرات الذهب ٨/ ٥١-٥٥).

(٢) الحاوي للفتاوي ١/ ١٧٣.

المبحث الثامن

تفويض ناظر الوقف غيره في الولاية على الوقف[١]

تفويض الولاية على الوقف لا يخلو من إحدى حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون التفويض ممن له الولاية الأصلية على الوقف.

وفي هذه الحالة اتفق أتفق أصحاب المذاهب الأربعة على جواز تفويض ناظر الوقف غيره في النظارة على الوقف.

فقد قال بذلك الحنفية[٢]، والمالكية[٣].

والشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

الحالة الثانية: أن يكون التفويض ممن ولايته فرعية.

وفي هذه الحالة إن كان قد اكتسب حق التفويض ممن أعطاه حق الولاية بأن شرطها له، فإن هذا التفويض جائز باتفاق أصحاب المذاهب الأربعة.

---

(١) تفويض الولاية على الوقف هو: إسناد الناظر النظر إلى غيره، وإقامته مقام نفسه استقلالاً.
(وقف عشوب ص ٨١).

(٢) الدر المنتقى ١/ ٧٥٣.

(٣) مواهب الجليل ٦/ ٣٩.

(٤) مغني المحتاج ٢/ ٣٩٤.

(٥) مطالب أولي النهى ٤/ ٣٢٦، كشاف القناع ٤/ ٢٧٢.

حيث قال به الحنفية[١]، والمالكية[٢].

والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

وأما إن كان التفويض ممن ولايته فرعية، ولم يؤذن له في التفويض، فإن كان التفويض بمجلس القاضي وأقره القاضي صح، لكنه لايعد تفويضاً وإنما هو نصب جديد من القاضي بعد عزل الناظر نفسه[٥].

وأما إذا لم يكن التفويض بحضرة القاضي فقد اختلف الفقهاء في صحته على قولين:

القول الأول: لا يصح تفويض من له الولاية الفرعية إذا لم يشترط له ذلك مطلقاً.

وهذا هو الظاهر من قول المالكية[٦]، والشافعية[٧]، حيث أطلقوا عدم الصحة.

جاء في مواهب الجليل: «الواقف إذا جعل النظر لشخص فليس للناظر أن يوصي بالنظر لأحد غيره إلا أن يجعله له الواقف»[٨].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٠٢، حاشية رد المحتار ٤/ ٤٢٥.
(٢) والبيان والتحصيل ١٢/ ٢٥٦، مواهب الجليل ٦/ ٣٨، بلغة السالك ٢/ ٣٠٥.
(٣) تحفة المحتاج ٦/ ٢٩١، نهاية المحتاج ٥/ ٤٠٢.
(٤) مطالب أولي النهى ٤/ ٣٣١، كشاف القناع ٤/ ٢٧٢.
(٥) حاشية رد المحتار ٤/ ٤٢٦، ٤٤٢.
(٦) البيان والتحصيل ١٢/ ٢٥٦-٢٥٧، مواهب الجليل ٦/ ٣٨، بلغة السالك ٢/ ٣٠٥.
(٧) مغني المحتاج ٢/ ٣٩٤، نهاية المحتاج ٥/ ٤٠٢.
(٨) مواهب الجليل ٦/ ٣٨.

وجاء في نهاية المحتاج: «لو شرط أن النظر لإنسان وجعل له أن يسنده لمن شاء فأسنده لآخر لم يكن له عزله ومشاركته»[١].

وبه قال الحنابلة[٢].

القول الثاني: لا يصح تفويض من له الولاية الفرعية غيره إذا لم يشترط له إلا في مرض موته.

وبهذا قال الحنفية[٣].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن الناظر المشروط إنما ينظر بالشرط، فلا يتعدى ما شرط له، فلا يصح تفويضه؛ لأنه لم يشترط له حق الإيصاء[٤].

٢. أن في تفويض الناظر بالنظر إدخالا في الوقف لغير أهله، فلم يملكه صاحب الولاية الفرعية[٥].

---

(١) نهاية المحتاج ٥/ ٤٠٢.

(٢) الإنصاف ٧/ ٦١، التنقيح المشبع ص ٢٥٢، غاية المنتهى ٢/ ٣٠٣، كشاف القناع ٤/ ٢٧٢.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٠٢، فتاوى قاضيخان ٣/ ٣٣٤، شرح فتح القدير ٦/ ٢٤١، حاشية رد المحتار ٤/ ٤٢٥.

(٤) الإنصاف ٧/ ٦١، مطالب أولي النهى ٤/ ٣٣١، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٥٠٥.

(٥) كشاف القناع ٤/ ٢٧٢.

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

قياس المتولي المفوّض في مرض الموت على الوصي، فكما أن للوصي أن يوصي إلى غيره، فكذلك للمتولي إذا كان في مرض موته أن يفوّض إلى غيره[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه قياس مع الفارق، ولذا قال بعض الفقهاء: «إن كلامنا -الآن- في تفويض المتولي بمعنى فراغه عن النظر ونزوله عنه الآخر لا في إيصاء بالنظر حتى يصح القياس على الوصي، وذلك أن الإيصاء جعل الغير وصيا بعد الموت، والتفويض جعل الغير متوليا في الحال، فافترقا»[2].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم صحة تفويض المتولي ولاية فرعية بغير إذن ممن ولاه مطلقاً، سواء كان في الصحة أم في مرض الموت؛ لقوة ما استدلوا به، ولأنه لو صح تفويض المريض لصح تفويض الصحيح من باب أولى؛ لأن تصرف الصحيح أقوى من تصرف المريض ولهذا منع المريض من كثير من التصرفات حتى في ماله لخاص.

---

(١) شرح فتح القدير ٦/ ٢٤١، حاشية المحتار ٤/ ٤٢٦.

(٢) التقريرات على حاشية رد المختار ٤/ ٤٢٦.

المبحث التاسع

إجارة الناظر للوقف، وأخذه الأجرة على نظارته

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: إجارة الناظر للوقف.

المطلب الثاني: أخذ الناظر الأجرة على نظارته.

المطلب الأول: إجارة الناظر للوقف

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: ملكية الناظر لإجارة الوقف.

المسألة الثانية: إجارة الوقف بأقل من أجرة المثل.

المسألة الثالثة: مدة إجارة الوقف.

المسألة الأولى: ملكية الناظر لإجارة الوقف

إذا كان الوقف عيناً يمكن استغلالها عن طريق إجارتها كدار، أو أرض زراعية أو محلات تجارية، أو نحو ذلك فهل يملك الناظر أجارتها، أو لا يملكها ؟

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن ناظر الوقف يملك استغلاله عن طريق الإجارة إذا كان مما تمكن إجارته سواء كان هو الموقوف أم غيره.

فقد قال بذلك الحنفية[1]، والمالكية[2].

والشافعية[3]، والحنابلة[4].

---

(١) فتاوى قاضيخان ٣/ ٣٣٢، البحر الرائق ٥/ ٢١٨-٢١٩، الإسعاف ص ٦٧، حاشية رد المحتار ٥/ ١٤-١٥.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٤/ ٩٦، جواهر الإكليل ٢/ ٢١١، التاج والإكليل ٦/ ٤٦.

(٣) روضة الطالبين ٥/ ٣٤٨، ٣٥١، ومغني المحتاج ٢/ ٣٩٤، فتح الجواد ١/ ٦١٩، أسنى المطالب ٢/ ٤٧١، حاشية قليوبي ٣/ ٧١، ٨٧.

(٤) قواعد ابن رجب ص ١٩٧، والمبدع ٥/ ٣٣٧، الإنصاف ٧/ ٦٧، التوضيح ص ٢١٣، غاية المنتهى ٢/ ٣٠٥.

الأدلة:

يمكن الاستدلال لهم بما يلي:

أولاً: يمكن الاستدلال لهم على ملكية الناظر للإجارة إذا كان هو الموقوف عليه بما يلي:

أن الناظر مالك لمنفعة الوقف، فيملك تمليكها لغيره بالإجارة قياساً على المستأجر.

ثانياً: ويمكن الاستدلال لهم على ملكية الناظر لها إذا لم يكن هو الموقوف عليه بما يلي:

أن ناظر الوقف إنما أُقيم ليقوم بتصريف شؤون الوقف، واستثماره لصالح الموقوف عليه، فتدخل في ذلك إجارته؛ لأنها من وسائل الاستثمار.

المسألة الثانية: إجرة الناظر للوقف بأقل من أجرة المثل

يجب على ناظر الوقف ألاّ يؤجره حتى يغلب على ظنه أنه ليس هناك من يزيد عليه، وأن يشهر ذلك عند أهل الرغبات الذين جرت العادة باستئجارهم مثل ذلك المكان.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «فاذا فعل ذلك فقد آجره المثل، وهي الإجارة الشرعية»[1].

فإن أجره بأكثر من أجرة مثله صحت الإجارة، بل ذكر بعض

(١) مجموع الفتاوى ٣٠/ ١٨٦.

الفقهاء أن ذلك أفضل وأحسن[١].

فالإجارة الشرعية هي أجرة المثل، أو أكثر منها، أو أقل منها بشيء يسير بقدر ما يتغابن الناس فيه في العادة[٢].

أما إذا كان الغبن فاحشاً، فإن الناظر لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الناظر هو الموقوف عليه.

الحالة الثانية: أن يكون الناظر غير الموقوف عليه.

الحالة الأولى: حكم إجارة الناظر للوقف بغبن فاحش إذا كان هو الموقوف عليه.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن الناظر يملك إجارة الوقف بأقل من أجرة المثل إذا كان هو الموقوف عليه، والإجارة صحيحة.

وبهذا قال الشافعية[٣]، وهو وجه عند الحنابلة[٤].

القول الثاني: أن الناظر لا يملك إجارة الوقف بأقل من أجرة المثل إذا كان هو الموقوف عليه، وتفسد الإجارة.

وبهذا قال الحنفية[٥]، وهو وجه عند الحنابلة[٦].

---

(١) وقف هلال ص ٢٠٩.

(٢) حاشية رد المختار ٤/ ٤٠٣.

(٣) حاشية قليوبي ٣/ ١١٠، تيسير الوقف ل ٤٥/أ.

(٤) الإنصاف ٧/ ٧٣، نيل المآرب ٢/ ٢١، مطالب أولي النهى ٤/ ٣٤٠.

(٥) الدر المنتقى ١/ ٧٥٠، حاشية رد المختار ٤/ ٤٠٧.

(٦) الإنصاف ٧/ ٧٣.

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

قياس إجارة الناظر إذا كان هو الموقوف عليه على إجارة المالك، وذلك أن الإجارة متعلقة بالحق الخاص للوقوف عليه، فكان كالمالك في تصرفه بالأجرة؛ لأنه إذا آجر أخر بدون أجر المثل فإنما يتصرف في ملك نفسه[1].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بمايلي:

أن الناظر قد يموت قبل انقضاء مدة الإجارة وتنفسخ الإجارة.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن هذا لا يؤخذ به؛ لأنه لو أخذ به للزم منع كثير من التبرعات، وموت الموقوف عليه لا يمنع صحة الإجارة ابتداء، فإذا مات انفسخت الإجارة.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية الناظر لإجارة الوقف بأقل من أجرة المثل إذا كان هو الموقوف عليه، والإجارة صحيحة؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن الناظر إذا كان هو الموقوف فإنه يعد مالكاً لمنفعة الوقف ملكاً تاماً، فله

---

(١) نهاية المطلب ١٤/ل ٤٢/أ.

أن يتصرف كما يشاء بشرط عدم الإضرار بما سيأتي من بعده من البطون، فإن حصل ضرر عليهم أُزيل بعدم إطالة المدة.

الحالة الثانية: حكم إجارة الناظر للوقف بغبن فاحش إذا لم يكن هو الموقوف عليه.

اختلف الفقهاء في صحتها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الإجارة صحيحة، ويضمن الناظر ما نقص عن أجرة المثل.

وهذا هو الوجه المشهور عند الحنابلة(١).

القول الثاني: لا تصح إجارة الناظر للوقف بأقل من أجرة المثل، والعقد فاسد.

وبهذا قال الحنفية(٢)، والشافعية(٣).

وهو وجه عند الحنابلة(٤).

القول الثالث: تفسخ الإجارة إذا طلب الوقف بأجرة المثل، ويضمن الناظر تمام أجره المثل إن كان مليئاً وإلا فالمستأجر.

وبهذا قال المالكية(٥).

---

(١) قواعد ابن رجب ص ٦٥، مجموع الفتاوى ٣٠/ ١٨٦، الإنصاف ٧/ ٧٣، غاية المنتهى ٢/ ٣٠٧، الروض الندي ص ٢٩٩، كشاف القناع ٤/ ٢٦٩.

(٢) فتاوى قاضيخان ٣/ ٣٣٣، مجمع الضمانات ص ٣٢٦، مجمع الأنهر ١/ ٧٥٠، الإسعاف ص ٦٩، الدر المختار ٤/ ٤٠٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٩٤.

(٣) مغني المحتاج ٢/ ٣٩٥، فتح الجواد ١/ ٦١٩، حاشية قليوبي ٣/ ٨٧.

(٤) كشاف القناع ٢/ ٢٦٩.

(٥) الفواكه الدواني ٢/ ٢٣١، الشرح الصغير ٢/ ٣١١، جواهر الإكليل ٢/ ٢١١.

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن ناظر الوقف يتصرف في مال غيره على وجه الخطر، فيضمن ما نقص بعقده، قياساً على الوكيل إذا باع أو أجر بدون ثمن أو أجرة المثل[١].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن إجارة الناظر للوقف بأقل من أجرة المثل بغبن فاحش تصرف لم يؤذن له فيه فلا تجوز، ويفسد العقد[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشة بأن أصل الإذن في التصرف موجود، وإنما حصلت المخالفة في مقدار الأجرة، فيصح العقد لوجود أصل الإذن، ويضمن الناظر ما حصل بسبب مخالفته وهو النقص عن أجرة المثل.

دليل القول الثالث:

أما أصحاب القول الثالث فلعلهم يستدلون على قولهم بالفسخ إذا طلب الوقف بأجرة المثل بما استدل به أصحاب القول الثاني، وقد سبقت مناقشته.

---

(١) الإنصاف ٧/ ٧٣، الروض الندي ص ٢٩٩، كشاف القناع ٤/ ٢٦٩.

(٢) كشاف القناع ٤/ ٢٦٩.

أما قولهم بضمان الناظر للنقص إذا كان مليئا فيمكن الاستدلال له بأن التفريط قد حصل منه، فيلزمه ما يترتب على تفريطه.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بصحة إجارة الناظر للوقف بأقل من أجرة المثل إذا لم يكن هو الموقوف عليه، ويضمن ما نقص عنها؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن الإذن في التصرف قد حصل له، فيصح أصل التصرف، ويضمن ما نتج عن مخالفته بالنقص عن أجرة المثل؛ لتفريطه في طلب أجرة المثل.

المسألة الثالثة: مدة إجارة الوقف

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أنه إذا اشترط الواقف على الناظر مدة معينة في إجارة الوقف، كسنة مثلاً، فإنه يجب على الناظر مراعاة الشرط، فلا يزيد على المدة المحددة ما لم يكن في الزيادة مصلحة، أو تكن هناك ضرورة، فيجوز ذلك عن طريق القاضي.

فقد قال بذلك الحنفية[1]، والمالكية[2].

والشافعية[3]، والحنابلة[4].

أما إذا لم يشترط الواقف مدة معينة في الإجارة، بل أطلق فإنه يجب على الناظر أن يفعل مافيه مصلحة الوقف من الإجارة يومياً، أو

---

(١) فتاوى قاضيخان ٣/ ٣٣٢، الإسعاف ص ٦٧، مجمع الأنهر ١/ ٧٤٩، حاشية رد المختار ٤/ ٤٠٠.

(٢) الفواكه الدواني ٢/ ٢٣١، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٤/ ٩٦.

(٣) فتاوى ابن حجر الهيثمي ٣/ ١٤٤، مغني المحتاج ٢/ ٣٨٥، أسنى المطالب ٢/ ٤٦٨.

(٤) الفروع ٤/ ٥٨١، الإنصاف ٧/ ٥٣، مطالب أولي النهى ٤/ ٣١٥.

أسبوعية، أو شهرياً، أو سنوياً.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «والواجب على الناظر أن يفعل مصلحة الوقف في إجارة المكان مسانهة، أو مشاهرة، أو موايمة..»[١].

أما بالنسبة لمدى صحة تطويل مدة الإجارة فقد اختلف الفقهاء فيها على قولين:

القول الأول: أن الناظر لايملك إجارة الوقف مدة طويلة[٢].

وبهذا قال أكثر الحنفية[٣]، وبه قال المالكية[٤].

وبعض الشافعية[٥]، وبعض الحنابلة[٦].

القول الثاني: أن الناظر يملك إجارة الوقف مدة طويلة.

وبهذا قال بعض الحنفية[٧]، وبعض الشافعية[٨].

وبعض الحنابلة[٩].

---

(١) مجموع الفتاوى ٣٠/ ١٨٧.

(٢) وهؤلاء اختلفوا في تقدير المدة: فذهب بعض الحنفية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة إلى أنه لايجوز أكثر من سنة، وذهب بعض الحنفية وبعض الشافعية إلى أنه يجوز إلى ثلاث سنوات.

(٣) الدر المنتقى ١/ ٧٤٩، الإسعاف ص ٧١، وسائل ابن نجيم ص ٢٣٣، شرح فتح القدير ٦/ ٢٤٢.

(٤) الكافي لابن عبد البر ٢/ ٧٤٦، الشرح الكبير ٤/ ٩٦، والشرح الصغير له ٢/ ٣١٠.

(٥) الإتحاف في إجارة الأوقاف ٣/ ٣٢٧-٣٢٨، مغني المحتاج ٢/ ٣٤٩، نهاية المحتاج ٥/ ٣٠٦،٣٠٥.

(٦) المبدع ٥/ ٨٥، إعلام الموقعين ٣/ ٢٩١-٢٩٢.

(٧) الدر المختار ٤/ ٣٤٩، نهاية المحتاج ٥/ ٣٠٥.

(٨) مغني المحتاج ٢/ ٣٤٩، نهاية المحتاج ٥/ ٣٠٥.

(٩) المبدع ٥/ ٨٤-٨٥.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

١. ما جاء في حديث عبد الله بن عمر ﷺ أن رسول الله ﷺ قال لعمر: «تصدق بأصله لا يباع، ولا يوهب ولا يورث»[(١)].

٢. ما رواه أبو هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث إلا من صدقة جارية..»[(٢)] الحديث.

وجه الاستدلال بهذين الحديثين:

أن الرسول ﷺ بيّن في الحديث الأول أن الوقف لا يباع ولا يوهب ولا يورث، ووصفه في الثاني بأنه صدقة جارية وهذا يدل على أن الأصل في الوقف التأبيد والدوام والاستمرار، وفي الإجارة الطويلة إبطال لهذا الأصل، ودافع لضعاف النفوس من المستأجرين إلى ادعاء ملكية العين الموقوفة، وبالتالي إبطال الوقف بالكلية[(٣)].

ثانياً: من المعقول:

أن الناظر إنما يلي إجارة الوقف ما دام حياً، وفي الإجارة الطويلة قد يعرض حكمه فيها بعد الموت، فيكون قد تصرف في خارج حدود ولايته[(٤)].

---

(١) سبق تخريجه ص ٥٧٣.

(٢) سبق تخريجه ص ٦١٧.

(٣) الإسعاف ص ٧١، حاشية رد المختار ٤/ ٤٠٠.

(٤) النوادر لابن أبي زيد ١٦/ ل ١٦٢/ ب.

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة المعقود عليها منها غالباً، فتجوز[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن إمكان استيفاء المنفعة ليس بكاف لجواز إجارة الوقف مدة طويلة؛ لأنه قد يكون في الإجارة مضرة لذات الوقف كما سبق في أدلة أصحاب القول الأول.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول بعدم ملكية الناظر لإجارة الوقف مدة طويلة؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن القول به هو الموافق للعادة والعرف، ففي العادة أن الإجارة تطلق على ما إذا كانت مدة الانتفاع قصيرة كالسنة والسنتين، والعادة المطردة في زمن الواقف إذا عرفها تكون بمنزلة شرطه، فينزل الوقف عليها ويمتنع إيجارة مدة أطول من تلك المدة[٢].

ولما في الإجارة الطويلة من المفاسد الكثيرة كتاديتها إلى اندراسه وتملكه. قال ابن القيم في بيان هذه المفاسد: «.. وكم قد ملك من الوقوف بهذه الطرق وخرج عن الوقفية بطول المدة واستيلاء المستأجر فيها على الوقف هو وذريته وورثته سنيناً بعد سنين، وكم فات البطون

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ٣٤٩، نهاية المحتاج ٥/ ٣٠٥، المبدع ٥/ ٨٤.

(٢) الاتحاف في إجارة الأوقاف ٣/ ٣٤٥.

اللواحق من منفعة الوقف بالإيجار الطويل.. وبالجملة فمفاسد هذه الإجارة تفوت العد»[1].

وقال صاحب الإسعاف: «إن المدة إذا طالت تؤدي إلى إبطال الوقف فإن من رآه يتصرف فيها تصرف الملاك على طول الزمان يظنه مالكاً»[2].

وهذا الترجيح فيما إذا لم تكن الإجارة الطويلة ضرورة وفيها مصلحة للوقف فأما إن كانت كذلك صحت؛ لأن مصلحة الوقف مقصودة[3].

المطلب الثاني: أخذ ناظر الوقف أُجرة على نظارته

وفيه مسالتان:

المسألة الأولى: استحقاق الناظر لأخذ أُجرة على نظارته.

المسألة الثانية: مقدار أُجرة الناظر.

المسألة الأولى: استحقاق الناظر لأخذ أُجرة على نظارته

وفيها أمران:

الأمر الأول: استحقاق الناظر لأخذ الأجرة إذا شرطها له الواقف.

الأمر الثاني: استحقاق الناظر لأخذ الأجرة إذا أهملها الواقف.

---

(١) إعلام الموقعين ٣/ ٢٩١-٢٩٢.

(٢) الإسعاف ص ٦٧.

(٣) حاشية رد المحتار ٤/ ٤٠١، الشرح الصغير ٢/ ٣١١، إعلام الموقعين ٣/ ٢٩٢.

الأمر الأول: استحقاق الناظر لأخذ أجرة على نظارته إذا شرطها له الواقف

إذا وقف إنسان وقفا وعيّن عليه ناظر وجعل لهذا الناظر أجرة من ريع هذا الوقف إما رغبة منه في استمراره في النظارة، أو لغير ذلك، فهل يستحق هذا الناظر أخذ ما عُيّن له، أو لا يستحقه ؟

اتفق أصحاب المذاهب على استحقاق الناظر لأخذ ما عيّنه له الواقف من الأجرة على نظارته.

فقد قال بذلك الحنفية(١)، والمالكية(٢).

والشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

الأدلة:

استدلوا بأدلةٍ من السنة، الآثار، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

١. ما رواه أبو هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «لا يقتسم ورثتي ديناراً، ما تركت بعد نفقة نسائي ومؤنة عاملي فهو صدقة»(٥).

---

(١) الإسعاف ص ٥٧، أوقاف الخصاف ص ٣٤٥، البحر الرائق ٥/ ٢٤٤.

(٢) مواهب الجليل ٦/ ٤٠، حاشية الدسوقي ٤/ ٨٨.

(٣) روضة الطالبين ٥/ ٣٤٨، نهاية المطلب ١٤/ ل - ب.

(٤) الفروع ٤/ ٦٠٣، الإنصاف ٧/ ٥٨، كشاف القناع ٤/ ٢٧١.

(٥) رواه البخاري في كتاب الوصايا -باب نفقة قيّم الوقف٣/ ١٩٧، وفي كتاب الجهاد والسير- باب نفقة نساء النبي ﷺ بعد وفاته ٤/ ٤٥.

مسلم في كتاب الجهاد والسير- باب قول النبي- ﷺ : «لا نورث ما تركنا فهو صدقة» ٣/ ١٣٨٢، الحديث رقم ٥٥.

قال ابن حجر عن هذا الحديث: «هو دالٌّ على مشروعية أجرة العامل على الوقف»[١].

٢. ما رواه عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما- أن عمر اشترط في وقفه أن يأكل من وَلِيَه ويُوكِلَ صديقه غير مُتَموِّلٍ مالاً[٢].

قال الطرابلسي[٣] الحنفي: «ويجوز أن يجعل الواقف للمتولي على وقفة في كل سنة مالاً معلوماً لقيامه بأمره، والأصل في ذلك ما فعله عمر ﷺ حيث قال لوالي هذه الصدقة أن يأكل منها غير متأثل مالاً..»[٤].

ثانياً: من الآثار:

ما روي عن عل بن أبي طالب ﷺ أنه جعل للعبيد الذين وقفهم مع

أبو داود في كتاب الخراج والإمارة والفيء -باب في صفايا رسول الله- ﷺ من الأموال ٣/ ١٤٤، الحديث رقم ٢٩٧٤.

مالك في الموطأ في كتاب الكلام -باب ماجاء في تركة النبي ﷺ وسلم ٢/ ٩٩٣، الحديث رقم ٢٨.

والبيهقي في كتاب قسم الفيء والغنيمة - باب بيان مصرف أربعة أخماس الفيء بعد رسول الله ﷺ.. ٦/ ٣٠٢، وفي كتاب النكاح - باب كان ماله بعد موته قائما علىنفقته وملكه ٧/ ٦٥.

أحمد ٢/ ٣٧٦.

(١) فتح الباري ٥/ ٤٠٦.

(٢) هذا جزء من آخر حديث عمر ﷺ المشهور في وقفة والذي سبق تخريجه ص ٥٧٣، وهذا اللفظ رواه البخاري في كتاب الوصايا - باب نفقة القيّم للوقف ٣/ ١٩٧.

(٣) هو إبراهيم بن موسى بن أبي بكر الطرابلسي الحنفي، برهان الدين ولد في طرابلس الشام سنة ٨٥٣ هـ وتعلم بدمشق، ثم انتقل إلى القاهرة، له مؤلفات منها: الإسعاف في أحكام الأوقاف، ومواهب الرحمن، وشرحه البرهان، توفي سنة ٩٢٢ هـ.

الأعلام ١/ ٧٦، معجم المؤلفين ١/ ١١٨).

(٤) الإسعاف ص ٥٧.

صدقته يقومون بعمارة صدقته[1].

قال الطرابلسي بعد كلامه على الحديث السابق: «..والأصل في ذلك ما فعله عمر ﷺ.. وما فعله علي بن أبي طالب ﷺ حيث جعل نفقة العبيد الذين وقفهم مع صدقته ليقوموا بعمارته من الغلة وهذا بمنزلة الأجير في الوقف»[2].

ثالثاً: من المعقول:

قياس ناظر على الأجراء في الوقف، فإذا جاز للناظر أن يستأجر الأجراء لما يحتاج إليه من العمارة جاز له أن يأخذ أجراً على نظارته، إذ هو في حكمهم[3].

الأمر الثاني: استحقاق الناظر لأخذ الأجرة إذا أهملها الواقف

إذا لم يجعل الواقف للناظر أجرة، بل أهملها، فهل يستحق أخذها مطلقاً، أولا يستحقه إلا بإذن القاضي ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الناظر لا يستحق الأجرة على نظارته إلا بإذن القاضي ما لم يكن مشهوراً بالأخذ على عمله.

وهذا هو قياس المذهب عند الحنابلة[4].

---

(١) ذكره الطرابلسي في كتابه (الإسعاف في أحكام الأوقاف) ص ٥٧، ولم أعثر عليه فيما بين يدي من كتب الآثار.

(٢) الإسعاف ص ٥٧.

(٣) المرجع السابق، وأوقاف الخصاف ص ٣٤٥.

(٤) الفروع ٤/ ٥٩٥، الإنصاف ٧/ ٦٤، كشاف القناع ٤/ ٢٧١.

قال ابن مفلح: «.. وإن لم يسم له شيئاً فقياس المذهب إن كان مشهوراً بأخذ الجاري على عمله فله جاري مثله، وإلا فلا شيء له»[١].

القول الثاني: أن الناظر لايستحق أخذ الأجرة على نظارته إلا بإذن القاضي. وهذا قول عند الحنفية[٢]، وبه أكثر قال الشافعية[٣].

القول الثالث: أن الناظر يستحق أخذ الأُجرة على نظارته مطلقاً.

وهذا القول عند الحنفية[٤]، وبه قال بعض الشافعية[٥].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم استحقاق الناظر لأخذ الأُجرة إذا لم يستأذن القاضي ،ولم يكن مشهوراً بالأخذ على عمله بما يلي:

أن عمل الناظر في وقف يعلم أنه لم يشترط له فيه شيء دون طلبه أجرة على عمله دليل على أنه متبرع بعمله، فلا يستحق شيئاً[٦].

---

(١) الفروع ٤/ ٥٩٥.

(٢) البحر الرائق وبهامشه منحة الخالق ٥/ ٢٤٤.

(٣) الإنصاف ٥/ ٣٤٠، مطالب أولي النهى ٤/ ٣٢٢، كشاف القناع ٤/ ٢٩٨، ٣٠٠، إلا أنهم قالوا يأكل بالمعروف.

(٤) البحر الرائق ٥/ ٢٤٤.

(٥) تحفة المحتاج ٦/ ٢٩٠.

(٦) كشاف القناع ٤/ ٢٧١.

ثانياً: ويمكن الاستدلال لهم على استحقاق الناظر لأخذ الأجرة على النظارة ونحوها فكأنه شرط الأُجرة عند قبوله للنظارة، لمعرفة الواقف لحالة فيستحق أخذها؛ لأن «المعروف كالمشروط»[1].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما استدل به أصحاب القول الأول على عدم استحقاق الناظر لأخذ الأجر إذا لم يستأذن القاضي، ولم يكن مشهوراً بالأخذ على عمله، ولكن يرد عليهم في استحقاق الناظر للأخذ إذا كان مشهوراً به بما استدللت به لأصحاب القول الأول على ذلك.

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الناظر لا يقبل القوامة ظاهراً إلا بأجرة، والمعهود كالمشروط[2].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه -عند تأمله- يتضح أنه حجة عليهم؛ لأنه يقيد قولهم ويؤدي إلى موافقتهم لأصحاب القول الأول في عدم استحقاق الناظر لأخذ الأُجرة ما لم يعيّنها الواقف أو يقررها القاضي، مالم يكن معهوداً ومتعارفاً عليه أنه لا يعمل إلا بأجرة.

---

(١) انظر هذه القاعدة «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» في: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٩، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٦.

(٢) البحر الرائق ٥/ ٢٤٤.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن الناظر لا يستحق أخذ الأجرة على نظارته إلا بإذن القاضي ما لم يكن مشهوراً بالأخذ على عمله؛ لما استدلوا به وما استدللت به لهم، وليس في القول الثاني ما يعارض القول الأول، إذ ليس فيه ما يدل على عدم استحقاق الناظر شيئاً إذا كان الاستحقاق معهوداً ومعروفاً؛ لأن العادة إذا اطردت في شيء أثبتت له حكماً جديداً للقاعدة المتفق عليها: «العادة محكَّمَة»[1].

المسألة الثانية: مقدار أُجرة ناظر الوقف

وفيها أمران:

الأمر الأول: مقدار أُجرة الناظر إذا شرطها الواقف في وقفه.

الأمر الثاني: مقدار أُجرة الناظر إذا أهملها الواقف.

الأمر الأول: مقدار أُجرة الناظر إذا شرطها الواقف في وقفه

إذا شرط الواقف أُجرة للناظر وبين مقدارها فهل يستحقها، أولا يستحقها؟ اتفق أصحاب المذاهب الأربعة في الجملة على استحقاق جميع الأُجرة التي شرطها له الواقف سواء أكانت بقدر أجرة المثل، أم أقل، أم أكثر.

(١) انظر هذه القاعدة في: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٣، وما بعدها والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٩ وما بعدها.

فقد قال بذلك الحنفية[1]، والمالكية[2].

والشافعية[3]، والحنابلة[4].

الدليل:

استدلوا بما يلي:

أنه لمّا جاز أن يقدر للناظر مالاً معلوماً يأخذه في كل سنة أو في كل شهر من غلة الوقف من غير أن يشترط عليه القيام بأمر الوقف جاز له أن يقدر له ذلك مع تكليفه بالقيام بالوقف من باب أولى[5].

ويمكن الاستدلال لهم على ذلك بما يلي:

أن الأجرة ومقدارها في هذه الحالة من مشروط الواقف، وشرط الواقف يجب الوفاء به ما لم يخاف حكم الشرع.

الأمر الثاني: مقدار أجرة الناظر إذا أهملها الواقف

إذا لم يشترط الواقف مقداراً معيناً أجرة للناظر على نظارته، بل أهمله فما مقدار الأجرة التي يستحقها مقابل ذلك؟

---

(١) أوقاف الخصاف ص ٣٤٦، الإسعاف ص ٥٨، حاشية رد المحتار ٤/ ٤٣٦.

(٢) مواهب الجليل ٦/ ٣٣، والشرح الصغير ٢/ ٣٠٥.

(٣) مغني المحتاج ٢/ ٢٩٤، تحفة المحتاج ٦/ ١٩٠، تيسير الوقف ل ٤٨ - ب، إلا أنهم اشترطوا فيها إذا كان أكثر من أجرة المثل إلاّ يكون الناظر هو الواقف.

(٤) الفروع ٤/ ٦٠٣، والإنصاف ٧/ ٥٨، كشاف القناع ٤/ ٢٧١، وذلك عندهم فيما إذا كانت بقدر أجرة المثل، أو أقل، أو كانت أكثر وقد شرطهما له الواقف خالصا، وأما إذا لم يشترطها له خالصا فعلى الصحيح من المذهب عندهم أن عليه أن يصرف ما زاد عن أجرة المثل على ما يحتاج إليه الوقف من أمناء وعمال ونحو ذلك.

(٥) أوقاف الخصاف ص ٣٤٦، الإسعاف ص ٥٨.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن للناظر أُجرة المثل.

وبهذا قال أكثر الحنفية[١]، وبه قال المالكية[٢].

وبعض الشافعية[٣]، وبه قال الحنابلة[٤].

القول الثاني: أن للناظر الأقل من أُجرة المثل أو نفقته بالمعروف.

وبهذا قال بعض الشافعية[٥].

القول الثالث: أن للناظر عشر الغلّة.

وبهذا قال بعض الحنفية[٦].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن أجرة المثل هي المعهودة والمتعارف عليها، فيجب المصير إليها كأن الواقف شرطها في وقفه؛ لأن المعهود كالمشروط[٧].

دليل القول الثاني:

أن إعطاء الناظر الأقل من أجرة المثل أو نفقته بالمعروف أحوط

---

(١) الإسعاف ص ٥٩، البحر الرائق ٥/ ٢٦٤، حاشية المحتار ٤/ ٤٣٦.

(٢) مواهب الجليل ٦/ ٤٠، وبلغة السالك ٢/ ٢٧١.

(٣) نهاية المحتاج ٥/ ٤٠١، أسنى المطالب ٢/ ٤٧٢، وحاشية الشرواني ٦/ ٢٩٠.

(٤) الفروع ٤/ ٥٩٥، الإنصاف ٧/ ٦٤، كشاف القناع ٤/ ٢٧١.

(٥) تحفة المحتاج ٦/ ٢٩٠، نهاية المحتاج ٥/ ٤٠١،أسنى المطالب ٢/ ٤٧٢.

(٦) البحر الرائق ٥/ ٢٦٤، حاشية رد المحتار ٤/ ٤٢٦.

(٧) البحر الرائق ٥/ ٢٦٤.

للوقف، فيجب الأخذ به مراعاة لجانب الوقف[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن مراعاة جانب الوقف إنما يجب اعتبارها إذا لم يكن على حساب الآخرين؛ لأنه إذا كان يجب دفع الضرر عن الوقف فكذلك يجب دفع الضرر عن غيره أيضاً؛ لأن «الضرر لايزال بالضرر»[٢].

أما القول الثالث: فقد اعتبره من قال به أن عشر الغلة هو أجرة المثل، حيث جاء في حاشية رد المحتار: «وعبّر بعضهم بالعشر، والصواب أن المراد بالعشر أجر المثل، حتى لو زاد على أجرة مثله ردّ الزائد كما هو مقرر معلوم»[٣].

وهذا مقياس غير صحيح؛ لأن بعض الأوقاف قليلة الغلة والنظارة عليها شاقّة، في حين أن بعضها كثيرة الغلة والنظارة عليها لا مشقة فيها، وهذا أمر واقع ومشاهد.

ولهذا ردّ هذا القول ابن نجيم حيث قال: «قد تمسك بعض من لا خبرة له بقول قاضيخان[٤] (وجعله له عشر الغلة في

---

(١) تحفة المحتاج ٦/ ٢٩٠.

(٢) أنظر هذه القاعدة في: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٦.

(٣) حاشية رد المحتار ٤/ ٤٣٦.

(٤) هو حسن بن منصور بن أبي القاسم الأوزجندي، الفرغاني، والمعروف بقاضيخان، فخر الدين، يعد من فقهاء الحنفية المجتهدين في المسائل، تفقه على الصّفّاريّ، والكردري، وغيرهما، قال فيه الحصيري: الأُستاذ فخر الملة ركن الإسلام، بقية السلف، له مصنفات منها: الفتاوي، وشرح الجامع الصغير، توفي سنة ٥٩٢ هـ.
(الجواهر المضية ٢/ ٩٣- ٩٤، الفوائد البهية ص ٦٤ -٦٥).

الوقف) على أن للقاضي أن يجعل للمتولي عشر الغلات مع قطع النظر عن أجرة المثل»[1].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله اعلم بالصواب- هو القول الأول القائل للناظر أجرة المثل إذا أهملها الواقف؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن في ذلك تحقيق للعدالة بعدم إعطاء الناظر أقل مما يستحق، وعدم الأخذ من غلة الوقف أكثر مما يجب.

---

(١) البحر الرائق ٥/ ٢٦٤.

المبحث العاشر

إعارة الناظر للوقف

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: إعارة الوقف لمن هو من جنس أهل الوقف.

المطلب الثاني: إعارة الوقف لمن ليس من جنس أهل الوقف.

المطلب الأول: إعارة الناظر الوقف لمن هو من جنس أهل الوقف

وذلك كأن يكون المستعير من جملة الموقوف عليهم، أو تكون العين قد وقفت أصلا للإعارة كآلات الحرب، والحلي، وكتب العلم والمستعير داخل في جملة المستحقين للإعارة كأن يكون مجاهداً في سبيل الله والعين المراد استعارتها دروع موقوفة على المجاهدين، أو كان المستعير امرأة مسلمة والعين المراد استعارتها حلي موقوف على نساء المسلمين، أو كان طالب علم والموقوف كتب علم أو نحو ذلك، فهل يملك الناظر الإعارة في هذه الحالة، أو لا يملكها ؟

وقد اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على ملكية الناظر لإعارة العين الموقوفة في هذه الحالة.

فقد قال بذلك الحنفية(1)، والمالكية(2).

والشافعية(3)، والحنابلة(4).

الدليل:

استدلوا على ذلك بما يلي:

أن العين الموقوفة في هذه الحالة تعد عينا مأمونة في يد موقوف عليه،

---

(1) حاشية الطحاوي ٢/ ٥٣٤، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٥٥-٣٥٦، حاشية رد المحتار ٤/ ٣٥٢.

(2) مواهب الجليل ٦/ ٣٦، التاج والإكليل ٥/ ١٥٢.

(3) مغني المحتاج ٢/ ٢٦٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٥٤.

(4) الشرح الكبير لابن قدامة ٦/ ١٨٨، ١٩٠، الإقناع ٣/ ٣ - ٤، مطالب أولي النهى ٤/ ٢٧٧.

ولا يقال لها عارية أصلاً، بل الآخذ لها إن كان من أهل الوقف فهو مستحق للانتفاع بها قبل استعارتها، وإنما سميت عارية تجاوزا[١].

المطلب الثاني: إعارة الناظر للوقف لمن ليس من جنس أهل الوقف

لّما كانت العارية عقد من عقود التبرعات، فإن من أهم مايشترط في المتبرع أن يكون مالكاً لما يريد التبرع به، وبناء على ذلك لايجوز لمن لا يستحق منفعة الوقف أن يعتبره؛ لأنه تبرع بمنفعة لا يملكها.

وعلى هذا إذا جازت الإعارة فإنه لايملكها إلا الموقوف عليه؛ لأنه هو المستحق للمنفعة، أما الناظر فلا يستحقها إلا إذا كان هو المستحق للمنفعة.

وإذا تبين هذا فإنه قد اختلف الفقهاء في ملكية الناظر لإعارة الوقف لمن ليس من جنس أهل الوقف، وذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الناظر يملك إعارة الوقف، إذا لم يقيد الواقف حق الموقوف عليه بالانتفاع دون المنفعة، أو نحو ذلك.

وبهذا قال المالكية[٢]، وأكثر الشافعية[٣].

وبه قال الحنابلة، حيث قال ابن مفلح عند قول ابن قدامة:

---

(١) مواهب الجليل ٦/ ٣٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٥٥.

(٢) الفروق ١/ ١٨٨، مواهب الجليل ٦/ ٣٦، التاج والإكليل ٥/ ١٥٢، جواهر الإكليل ٢/ ١٤٥.

(٣) مغني المحتاج ٢/ ٣٨٩، نهاية المحتاج ٥/ ٣٨٩، تحفة المحتاج ٦/ ٢٥٦، ٢٧٣، أسنى المطالب ٢/ ٤٧٠.

«يملك الموقوف عليه الوقف ويملك صوفه ولبنه وثمرته ونفعه»[١]. ويستوفيه بنفسه وبالإجارة والإعارة ونحوها إلا أن يعين في الوقف غير ذلك»[٢].

القول الثاني: أن الناظر يملك بذلك إعارة الوقف مطلقاً.

وبهذا قال بعض الحنفية[٣].

القول الثالث: أن الناظر لا يملك إعارة الوقف مطلقاً.

وبهذا قال بعض الحنفية[٤]، وبعض الشافعية[٥].

الأدلة:

دليل القول الأول:

يمكن الاستدلال لأصحاب هذا القول بما يلي:

أن الناظر إذا كان هو الموقوف عليه أو من الموقوف عليهم فهو مالك لمنفعة الوقف أو لمنفعة جزء منه، فله أن يستوفيها بنفسه أو بغيره عن طريق الإعارة.

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

القياس على ضيافة الضيف، وذلك أن العارية لا توجبه حقاً

---

(١) المقنع ص ١٦٢.

(٢) المبدع ٥/ ٣٢٩.

(٣) البحر الرائق ٥/ ٢٢٤، أوقاف الخصاف ص ٦٦، الإسعاف ص ١٢٤.

(٤) مجمع الأنهر ١/ ٧٥٢، تنوير الأبصار ٤/ ٣٥١-٣٥٢.

(٥) تيسير الوقوف ل ١٦٠/ ب.

للمستعير بل تجعله بمنزلة الضيف[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته من وجهين:

الوجه الأول: أنه قياس مع الفارق؛ لأن الضيافة مدتها يسيرة فجرت العادة بالمسامحة فيها لذلك، بخلاف العارية فإن مدتها قد تطول.

الوجه الثاني: أن العارية قد توجب أحياناً حقاً للمستعير، كما إذا أذن المعير للمستعير أن يشغل العارية بشيء يتضرر المستعير برجوعه فيه مثل أن يعيره سفينة لحمل متاع عليها، فلا يحق له الرجوع مادامت في لجة البحر.

دليل القول الثالث:

أن الإعارة تقتضي الملك للمعير، والوقف لا ملك لأحد عليه[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الإعارة لا تقتضي ملك العين، بل يكفي ملك المنفعة؛ لأنها إباحة للانتفاع، لا تمليك للعين، وناظر الوقف إذا كان مستحقاً لهذه المنفعة لكونه هو الموقوف عليه، أو من الموقوف عليهم فهو مالك لمنفعة الوقف، فيملك تمكين غيره من الانتفاع بالإعارة.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو

---

(١) أوقاف الخصاف ص ٦٦.

(٢) تيسير الوقوف ل ١٦٠/ ب.

القول الأول القائل بملكية الناظر لإعارة الوقف إذا كان هو المستحق للمنفعة أو من المستحقين لها إذا لم يقيد الواقف حق الموقوف عليه بالانتفاع دون المنفعة، أو نحو ذلك ؛ لما استدللت به لهم، ولما فيه من تحقيق الجمع بين إعطاء الموقوف عليه حق التصرف الكامل في ملكه وهو منفعة الوقف، وين مراعاة مقصد الواقف بالوقوف عند شرطه.

المبحث الحادي عشر
تبرع الناظر بالوقف

خلاف الفقهاء في هذه المسألة ينبني على خلافهم في مسالة ملكية العين الموقوفة، بل إنه متفرع عنها؛ لأن التبرع بالعين ونحوه من التصرفات فيها منبثق عن صلاحيات المالك في تلك العين؛ لأن من أهم خصائص الملكية أنها تخول صاحبها كل أنواع التصرفات المشروعة، سواء أكان استهلاكاً أم نقلاً للملكية.

وقد قيد جمهور الذين قالوا بملكية الوقف هذه الملكية بقيود تنزع أهم خصائص الملكية عن المالك- كما سبق عند ذكر أقوالهم في ذلك- ولهذا ذهب جمهور الفقهاء وهم أصحاب أبي حنيفة[1]، وأكثر المالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4] إلى أنه لا يجوز لناظر الوقف ولا غيره التبرع بعين الوقف، وذلك لعموم حديث عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما- أن رسول الله ﷺ قال لعمر: «تصدق بأصله لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، ولكن ينفق ثمره»[5].

أما الإمام أبو حنيفة فلم يقيد ملكية الواقف للعين الموقوفة بما يفيد

(١) شرح فتح القدير ٦/ ٢٠٤، عمدة القاري ١٤/ ٢٤، حاشية رد المحتار ٤/ ٣٣٩، ٣٤٢.
(٢) الكافي لابن عبر البر ٢/ ١٠١٢، تهذيب الفروق ٣/ ٢٣٤.
(٣) مغني المحتاج ٢/ ٣٨٢.
(٤) المبدع ٥/ ٣١٧، الروض الندي ص ٣٠٢، مطالب أولي النهى ٤/ ٣٦٦.
(٥) سبق تخريجه ص ٥٧٣.

الملكية خصائصها، ولهذا فإنه يرى أن الناظر إذا كان هو الواقف الحق في التبرع بعين الوقف[1].

وذهب بعض المالكية إلى جواز تبرع الناظر إذا كان هو الواقف بالعين الموقوفة للموقوف عليه إذا لم يشترك معه غيره في الوقف[2].

والترجيح في هذه المسالة ينبني على الترجيح في مسألة ملكية الوقف، وقد سبق هناك ظهور رجحان زوال ملكية الوقف فلا يبقى لأحد من الآدميين ملك في عين الوقف، وبناء عليه فلا يصح للناظر ولا غيره التبرع بشيء من هذه العين.

---

(١) حاشية رد المختار ٤/ ٣٣٧.

(٢) النوادر لابن أبي زيد ١٦/ل ١٦١/أ.

المبحث الثاني عشر
صرف الناظر لفاضل ريع الوقف

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صرف الناظر لفاضل ريع الوقف إذا كان على جهة عامة.

المطلب الثاني: صرف الناظر لفاضل ريع الوقف إذا كان على معيّن.

المطلب الثالث: صرف الناظر لريع الوقف إذا انقرض الموقوف عليهم.

المطلب الأول: صرف الناظر لفاضل ريع الوقف إذا كان على جهة عامة

إذا كان الوقف موقوفاً على جهة عامة كالوقف على المساجد، والمدارس ونحوها، وفضل من ريعه شيء فماذا يفعل به الناظر ؟ هل يصرفه في مثله، أو يصرفه إلى الفقراء، أو يصح له الأمران، أو يدّخر منه ما يعمر به الوقف لو خرب ويشتري بالباقي ما فيه زيادة عليه ويوقفه عليه؟

اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أن الناظر يصرف الفاضل في مثل ما وقف عليه.

وبهذا قال بعض الحنفية(١)، وبه قال المالكية(٢).

وهو رواية عن الإمام أحمد(٣).

القول الثاني: أن الناظر يصرف الفاضل إلى الفقراء.

وبهذا قال بعض الحنفية(٤).

القول الثالث: أن الناظر يصرف الفاضل في مثل ما وقف عليه، وله صرفه إلى الفقراء.

---

(١) الإسعاف ٥٨.

(٢) الشرح الصغير ٢/ ٣٠٧، شرح الخرشي ٧/ ٩٠.

(٣) االفروع ٤/ ٦٣٠، المبدع ٥/ ٣٥٧، الإنصاف ٧/ ١١٢.

(٤) البحر الرائق ٥/ ٢١٧، شرح فتح القدير ٦/ ٢١٥-٢١٦، حاشية رد المحتار ٤/ ٣٤٠.

وهذا هو الرواية المشهورة عن الإمام أحمد، وبها أخذ جمهور أصحابه[١].

القول الرابع: أن الناظر يدّخر من فاضل الريع ما يعمر به الوقف لو خرب، ويشتري بالباقي ما فيه زيادة عليه ويوقفه عليه.

وبهذا قال الشافعية[٢].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من الكتاب، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من الكتاب:

قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ ٱلْفَسَادَ ﴿٢٠٥﴾﴾[٣].

وجه الاستدلال:

أن حبس الناظر للفاضل من ريع الوقف دون صرف يعد من الفساد، وقد نهى الله -سبحانه وتعالى- في هذه الآية عن الفساد، فتعين صرفه[٤].

ولكن هذا الدليل كما هو ظاهر دليل على وجوب صرف الفاضل، ولا دلالة فيه على بيان الجهة.

---

(١) الفروع ٤/ ٦٣٠، مجموع الفتاوي ٣١/ ٢٥٨، الإنصاف ٧/ ١١٢، الروض الندي ص ٣٠٢، كشاف القناع ٤/ ٢٩٥.

(٢) تحفة المحتاج ٦/ ٢٨٤.

(٣) سورة البقرة الآية: ٢٠٥.

(٤) مجموع الفتاوى ٣١/ ٢١٠.

ثانياً: من المعقول:

أن في صرف الناظر لفاضل ريع الوقف في مثله مراعاة المقصود الوقف؛ لأن فرض الواقف هو الجنس، والجنس واحد[١].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بما يلي:

أن الفقراء هم مصرف الوقف في الأصل، فإذا فضل ريع بلا مصرف صرف لأصل الوقف، وهو الفقراء[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بالتسليم بأن مصرف الوقف في الأصل هم الفقراء، ولكن لا يرجع إليه إلا عند عدم وجود مصرف أولى منه، وما نص عليه الواقف أولى منه، وما هو من جنس المنصوص عليه أقرب إلى مقصود الواقف، فيتعين الصرف إليه.

وأما أصحاب القول الثالث فكأنهم أرادوا الجمع بين أدلة أصحاب القولين السابقين، إلا أنه قد سبقت مناقشة دليل القول الثاني، فلم يبق إلا أدلة أصحاب القول الأول.

وأما أصحاب القول الثالث فلم أطلع على دليلٍ لهم.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو

---

(١) المرجع السابق.

(٢) حاشية رد المحتار ٤/ ٣٤٠.

القول الأول القائل بأن الناظر يصرف الفاضل من ريع الوقف في مثل ما وقف عليه؛ لما استدلوا به، ولأن هذا الفاضل لا سبيل إلى صرفه فيما وقف عليه، ولا إلى تعطيله، فصرفه في جنس المقصود أولى، فهو أقرب إلى مقصود الواقف[1].

وأما القول بادخار الفاضل فهو مصادم لقوله ﷺ لعمر: «حبس أصله وسبّل ثمره»[2]. وقوله في هذا الحديث أيضاً: «ولكن ينفق ثمره»[3].

المطلب الثاني: صرف الناظر لفاضل ريع الوقف إذا كان على معين

ريع الوقف على معين لا يكون فاضلاً إلا إذا كان استحقاقه مقدّراً، ومثال ذلك أن يقول الواقف: يعطي من ريعه كل شهر مائة، وريعه أكثر من ذلك[4].

وإذا كان كذلك فماذا يفعل به الناظر؟ هل يتعين عليه إرصاده لحاجة الوقف، أو يصح له صرفه للمستحق؟

اختلف فقهاء الحنابلة في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه إن كان الريع يفضل في بعض الأحيان تعين إرصاده، وأما إن علم أنه يفضل دائماً فإنه يجب صرفه للمستحق.

وهذا القول نقله بعضهم عن شيخ الإسلام ابن تيمية[5].

---

(١) مجموع الفتاوي ٣١/ ٢٠٧.

(٢) سبق تخريجه ص ٥٧٣.

(٣) سبق تخريجه ص ٥٧٣.

(٤) الروض الندي ص ٣٠٢، والإنصاف ٧/ ١١٣.

(٥) مطالب أولي النهى ٤/ ٣٧٣، الروض الندي ص ٣٠٢، كشاف القناع ٤/ ٢٩٦.

القول الثاني: أنه يجب إرصاد الفاضل مطلقاً.

وبهذا قال أكثر الحنابلة[١].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل لصاحب هذا القول بما يلي:

أولاً: الظاهر أنه يستدل على الإرصاد إذا كان الريع يفضل في بعض الأحيان بما سيأتي من دليل أصحاب القول الثاني وهو: أن هذا الفاضل قد يحتاج إليه، فقد يقلّ الريع في بعض السنوات، فيحتاج إلى ذلك.

ثانياً: واستدل على وجوب الصرف إذا كان الريع يفضل دائماً بما يلي:

أن بقاء فاضل الريع إذا كان يفضل دائماً بلا مصرف فساد له، وإعطاء المستحق فوق ما قدر له جائز؛ لأن تقديره لا يمنع استحقاقه[٢].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الفاضل قد يحتاج إليه، كأن يقلّ الريع في أحد الأعوام أقل من المقدار، فيتعين إرصاده لأجل ذلك[٣].

---

(١) المبدع ٥/ ٣٥٧، الإنصاف ٧/ ١١٣، مطالب أولي النهى ٤/ ٣٧٣، كشاف القناع ٤/ ٢٩٦.

(٢) كشاف القناع ٤/ ٢٩٦، مطالب أولي النهى ٤/ ٣٧٣.

(٣) الروض الندي ص ٣٠٢.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن هذا وارد فيما إذا كان يفضل في بعض الأحيان؛ لأنه حينئذ سيكون قليلاً بقدر الحاجة، وأما إذا كان يفضل دائماً فإنه سيكثر مع مرور الوقت، بل قد يصل إلى أن يكون أكثر من قيمة الوقف ذاته، ففي هذه الحالة يكون إرصاده إفساد له، فيجب صرفه إلى المستحق.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأنه إن كان الريع يفضل في بعض الأحيان تعيّن على الناظر إرصاده، وأما إن علم أنه يفضل دائماً فإنه يجب عليه صرفه للمستحق؛ لقوة ما أستُدل له به، ولأن مقصود الواقف هو صرف هذه الغلة على هذا المستحق، وإنما قد يكون قدره هو مقدار غلة الوقف حين وقفه، ثم زادت بعد ذلك فلا مانع من دفع الزيادة إلى هذا المستحق.

المطلب الثالث: صرف الناظر لريع الوقف إذا انقرض الموقوف عليهم

هذه المسألة مبنية على مسألة حكم الوقف منقطع الآخر.

فمن قال من الفقهاء ببطلانه وهم الإمام أبو حنيفة، وصاحبه محمّد بن الحسن[1]، وبعض الشافعية[2] فإن الموقوف عليه لا ينقرض عندهم

(١) المبسوط ١٢/ ٤١، البحر الرائق ٥/ ٢١٣، الكتاب للقدوري ٢/ ١٨٢.

(٢) حلية العلماء ٦/ ١٧، روضة الطالبين ٥/ ٣٢٦، مغني المحتاج ٢/ ٣٨٤.

حيث لو انقطع لم يصح الوقف.

ومن قال بصحته وهم أبو يوسف من الحنفية(١)، والمالكية(٢)، وجمهور الشافعية(٣)، والحنابلة(٤)، فقد ينقرض الموقوف عليه عندهم.

ومثال ذلك أن يقول الواقف: وقفت على ولدي، أو على زيد، فيهلك أو يقول: وقفت على ذريتي، فينقرضوا.

أو يقول: وقفت على المحتاج من ذريتي، فلا يوجد فيهم محتاج.

وقد اختلف من قال من الفقهاء بصحة الوقف منقطع الآخر فيمن يصح للناظر صرف الريع إليه انقرض الموقوف عليه، وذلك على ستة أقوال:

القول الأول: أن الناظر يصرف ريع الوقف للفقراء والمساكين، ويُقدّم فقراء الواقف على غيرهم.

وهذا هو القول المشهور عند المالكية(٥)، وبه قال جمهور الشافعية(٦).

وهو وجه عند الحنابلة(٧).

القول الثاني: أن الناظر يصرف ريع الوقف على الفقراء مطلقاً، أي سواء كانوا أقارب للواقف أم لا.

---

(١) الهداية ٣/ ١٥، الدر المنتقى ١/ ٧٣٤، الكتاب للقدوري ٢/ ١٨٢.

(٢) المقدمات الممهدات ٢/ ٤٢٠، وشرح الخرشي ٧/ ٨٩، الشرح الصغير ٢/ ٣٠٥.

(٣) حلية العلماء ٦/ ١٧، روضة الطالبين ٥/ ٣٢٦.

(٤) المغني ٦/ ٢١٤، الفروع ٤/ ٥٨٩، المذهب الأحمد ص ١١٩، الإنصاف ٧/ ٣٤.

(٥) مواهب الجليل ٦/ ٢٩-٣٠، الفواكه الدواني ٢/ ٢٢٦، والشرح للدردير ٤/ ٨٥.

(٦) حلية العلماء ٦/ ١٧، مغني المحتاج ٢/ ٣٨٤، نهاية المحتاج ٥/ ٣٧٤، حاشية الشرواني ٦/ ٢٨٣.

(٧) المغني ٦/ ٢١٦، الفروع ٤/ ٥٩٠، المبدع ٥/ ٣٢٦-٣٢٧، الإنصاف ٧/ ٢٩-٣٢.

وهذا هو الظاهر من قول أبي يوسف من الحنفية[١]، حيث أطلق لفظ الفقراء، جاء في الكتاب : «قال أبو يوسف: إذا سمّى فيه جهة تنقطع جاز، وصار بعدها للفقراء، وإن لم يسهم»[٢].

وبه قال بعض الشافعية[٣]، وهو رواية عن الإمام أحمد، واختارها بعض أصحابه[٤].

القول الثالث: أن الناظر يصرف ريع الوقف على أقارب الواقف، الأغنياء منهم والفقراء.

وبهذا قال بعض المالكية[٥]، وبعض الشافعية[٦].

وهو المذهب عند الحنابلة[٧].

القول الرابع: أن الناظر يصرف ريع الوقف في مصالح المسلمين، فيضعه في بيت المال.

وبهذا قال بعض الشافعية[٨]، وهو رواية عن الإمام أحمد[٩].

---

(١) شرح فتح القدير ٦/ ٢١٣، البحر الرائق ٥/ ٢١٣، الهداية ٣/ ١٥.
(٢) الكتاب للقدوري ٢/ ١٨٢.
(٣) روضة الطالبين ٥/ ٣٢٦، مغني المحتاج ٢/ ٣٨٤.
(٤) المغني ٦/ ٢١٥، الفروع ٤/ ٥٩٠، المبدع ٥/ ٣٢٧، الإنصاف ٧/ ٣٣.
(٥) البيان والتحصيل ١٢/ ٣٠١، وشرح الخرشي ٧/ ٨٩.
(٦) حلية العلماء ٦/ ١٧-١٨، روضة الطالبين ٥/ ٣٢٦.
(٧) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٤٣٧، والمغني ٦/ ٢١٦، والمحرر ١/ ٣٦٩، المبدع ٥/ ٣٢٦، الإنصاف ٧/ ٣٢.
(٨) روضة الطالبين ٥/ ٣٢٦.
(٩) المغني ٦/ ٢١٥، الفروع ٤/ ٥٩٠، المحرر ١/ ٣٦٩، المبدع ٥/ ٣٢٦.

القول الخامس: أن الناظر يصرف ريع الوقف إلى مستحقي الزكاة.

وبهذا قال بعض الشافعية[١].

القول السادس: أن ينتهي تفويض الناظر في التصرف، ويرجع الوقت ملكاً للواقف.

وهذا قول ضعيف عند الحنفية[٢]، ورواية عند المالكية[٣].

وهو قول عند الشافعية[٤]، ورواية عن الإمام أحمد[٥].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

١. ما جاء في حديث أبي طلحة[٦] ﷺ أن الرسول ﷺ قال له لما أراد أن يقف بِيْرُحاء[٧]: «أرى أن تجعلها في الأقربين» قال: أفعلُ يا

---

(١) روضة الطالبين ٥/ ٣٢٦.

(٢) البحر الرائق ٥/ ٢١٤، حاشية رد المحتار ٤/ ٣٤٩.

(٣) البيان والتحصيل ١٢/ ١٨٨، الكافي لابن عبد البر ٢/ ١٠١٤.

(٤) روضة الطالبين ٥/ ٣٢٦.

(٥) الفروع ٤/ ٥٩٠، الإنصاف ٧/ ٣٣.

(٦) هو زيد بن سهل الأنصاري، النجاري، مشهور بكنيته (أبي طلحة)، شَهِدَ بدراً والمشاهد بعدها، وكان يقي النبي ﷺ بنفسه يوم أحد، وآخى بينه وبين أبي عبيدة، توفي سنة ٣٠ هـ وقيل: ٣٤ هـ وقيل غير ذلك.(طبقات ابن سعد ٣/ ٥٠٤، اسد الغابة ٥/ ٢٣٤-٢٣٥).

(٧) بكسر الباء وضم الراء وكثيرا ما تختلف ألفاظ المحدثين فيها، فيقولون بَيرَحاء بفتح الباء وكسرها، وبفتح الراء وضمها والمد فيها، وبفتحها والقصر مأخوذة من البراح وهي الأرض المنكشفة الظاهرة، وهي اسم أرض كانت له بالمدينة. (الفائق، مادة «برا» ١/ ٩٣»، والنهاية، مادة «برح» ١/ ١١٤).

رسول الله، فقسمها أبو طلحة في أقاربه وبني عمه»[١].

وفي رواية: «اجعلها لفقراء أقاربك»[٢].

وهذا الحديث واضح الدلالة.

٢. ما جاء في حديث سعد بن أبي وقاص ﷺ أن النبي ﷺ قال له حينما استشاره في الصدقة بماله عندما زاره في مرضه: «إنَّك أنْ[٣] تذر ورثتك أغنياء خير من أنْ تذرهم عالة يتكففون الناس..»[٤] الحديث.

---

(١) رواه البخاري في كتاب الوكالة باب إذا قال الوكيل لوكيله: ضعه حيث أراك الله ٣/ ٦٥-٦٦ بهذا اللفظ، وفي كتاب الوصايا باب إذا أو أوصى لأقاربه ومن الأقارب ؟ ٣/ ١٩٠، وفي كتاب تفسير القرآن. باب لن تنالوا البر٥/ ١٦٩-١٧٠، وفي كتاب الأشربة آب استعذاب الماء ٦/ ٢٤٧.

ومسلم في كتاب الزكاة باب -فضل النفقة والصدقة على الأقربين ٢٠٠٠/ ٦٩٣، حديث رقم ٤٢.

ومالك في الموطأ في كتاب الصدقة -باب الترغيب في الصدقة ٢/ ٩٩٥-٩٩٦، حديث رقم٢.

والدارمي في كتاب الزكاة -باب أي الصدقة أفضل ١/ ٣٢٧-٣٢٨ الحديث ١٦٦٢. والبيهقي في كتاب الوقف -باب الصدقة في الأقربين ٦/ ١٦٤-١٦٥. وأحمد ٣/ ١٤١، ٢٦٢.

(٢) رواها البخاري في كتاب الوصايا -باب إذا وقف أو أوى لأقاربه، ومن الأقارب ؟ ٣/ ١٩٠.

(٣) قال النووي: «قال القاضي رحمه الله روينا قوله «إن تذر ورثتك» بفتح الهمزة وكسرها وكلاهما صحيح.

(شرح صحيح مسلم ١١/ ٧٧).

(٤) رواه البخاري في كتاب الجنائز -باب الوصية بالثلث ٣/ ١٢٥٠-١٢٥٣، والأحاديث ٥-٩ بألفاظ متقاربة.

وأبو داود في كتاب الوصايا -باب ما جاء في ما لا يجوز للموصي في ماله ٣/ ١١٢-١١٣، حديث رقم ٢٨٦٤.

والترمذي في أبواب الوصايا -باب ماجاء في الوصية بالثلث ٣/ ٢٩١، حديث رقم ٢١٩٩.

والنسائي في كتاب الوصايا -باب الوصية بالثلث ٦/ ٢٤١.

وابن ماجه في كتاب الوصايا -باب الوصية بالثلث ٢/ ٩٠٣-٩٠٤، الحديث رقم ٢٧٠٨.

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن النبي ﷺ قد حث فيه على إغناء الأقارب، وفي صرف ريع الوقف إذا انقطع المستحق له إلى المحتاج من الأقارب إغناء لهم، فيكون أولى به من غيرهم.

٣.ما رواه سلمان[1] بن عامر ﷺ عن النبي ﷺ انه قال: «الصدقة على المسكين صدقة، وهي على ذي الرحم ثنتان صدقة وصله»[2].

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن الصدقة على القريب أكثر أجرا من غيره؛ لأن لها أجر الصدقة والصلة، والوقف صدقة من الصدقات لقوله ﷺ فيه «إلا من صدقة جارية..»[3] فإذ انقرض مستحق

---

(١) هو سلمان بن عامر بن أوس بن حجر الضبي، قال مسلم: ليس في الصحابة ضبّي غيره، إلا أن ابن حجر قال: وقد وجد في الصحابة جماعة ممن لهم صحبة أو اختلف في صحبتهم من بني ضبة، كان في حياة النبي ﷺ شيخا، سكن البصرة ومات بها، وصوّب ابن حجر أنه عاش إلى زمن معاوية.
(أسد الغابة ٢/ ٣٢٧، الإصابة ٣/ ١١٢-١١٣).

(٢) رواه الترمذي في أبواب الزكاة -باب ما جاء في الصدقة على ذي القرابة ٢/ ٨٤، حديث رقم ٦٥٣، وقال: «حديث حسن».
والنسائي في كتاب الزكاة -باب الصدقة على الأقارب ٥/ ٩٢، حديث رقم ٢٥٨٢ والبيهقي في كتاب الزكاة باب الصدقة على الأقارب ٥/ ٩٢، حديث رقم ٢٥٨٢ والبيهقي في كتاب الصدقة -باب الرجل يقسم صدقته على قرابته وجيرانه ٧/ ٢٧ وأحمد ٤/ ٢١٤.
والحاكم في كتاب الزكاة ١/ ٤٠٧، وقال: «بإسناد صحيح» ووافقه الذهبي في تلخيصه.

(٣) سبق تخريجه من حديث أبي هريرة ص٦١٧.

الوقف تعين على الناظر صرف الريع لقريب الواقف الفقير، مراعاة للواقف في زيادة الثواب.

ثانيا: من المعقول:

١. أن الفقراء والمساكين أعم جهات الخير، ومصرف الصدقات وحقوق الله -سبحانه وتعالى- من الكفارات ونحوها دون الأغنياء، وأولى الناس بصدقته فقراء أقاربه[1].

٢. أن المقصود بالوقف البر والصلة، والفقراء من الأقارب أولى بهذا المعنى من غيرهم[2].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن مصرف الصدقات وحقوق الله -سبحانه وتعالى- من الكفارات ونحوها هم الفقراء والمساكين، فإذا وجدت صدقة غير معينة المصرف انصرفت إليهم، كما لو نذر صدقة مطلقة[3].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشة من وجهين:

الوجه الأول: أن هذا الدليل عقلي في مقابل نص -وهو حديث أبي طلحة ﷺ- فلا يلتفت إليه.

---

(١) المغني ٦/ ٢١٥-٢١٦، المبدع ٥/ ٣٢٧.

(٢) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٤٣٧، والمبدع ٥/ ٣٢٦.

(٣) المغني ٦/ ٢١٥.

الوجه الثاني: أنه وإن كان مصرف الصدقات ونحوها هم الفقراء إلا أن أقارب المتصدق أولى من غيرهم، لما سبق في حديث سلمان بن عامر ﷺ من أن الصدقة عليهم صدقة وصلة، وكذا الحكم في الصدقة المطلقة.

دليل القول الثالث:

أستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الوقف لا يختص بالفقراء، ولهذا لو وقف على أولاده تناول الفقراء منهم والأغنياء، فكذلك هنا[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الوقف لا يختص بالفقراء إذا كان الواقف قد عين الموقوف عليهم، أما إذا لم يعين أو انقرضوا فإن ريع الوقف يتعين إلى مصرفه في الأصل والوقف إنما هو في الحقيقة صدقة من الصدقات؛ لقوله ﷺ في حديث أبي هريرة ﷺ: «إلا من صدقة جارية.. »[2]، ومصرف الصدقات في الأصل هم الفقراء، فيكون الريع لهم، وأولاهم أقارب الواقف.

دليل القول الرابع:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

قياس ريع الوقف الذي انقرض من هو موقوف عليه على حال من

---

(١) المغني ٦/ ٢١٥، المبدع ٥/ ٣٢٦.

(٢) سبق تخريجه، ص٦١٧.

لا وارث له، وذلك بجامع أن كلا منهما مال لا مستحق لـه، فيجعـل في بيت المال(١).

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن ريع الوقف الـذي انقـرض مـن هـو موقوف عليه مالا لا مستحق لـه، بـل إن استحقاقه ينتقـل إلى إقـارب الواقف الفقراء؛ لأن الوقف صدقة أراد بها صاحبها دوام الثواب، فـإذا انعدم الموقوف عليه تعيّن صرفها لقريب الواقف الفقير استدامة للثواب المضاعف، لكونها على القريب، وهذا بخلاف مال مـن ليـس لـه وارث فهو ليس بصدقة، ولم يقصد به دوام الثواب.

دليل القول الخامس:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

قـال الله -سـبحانه وتعـالى-: ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْعَٰمِلِينَ عَلَيْهَا.. ﴾(٢) الآية.

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذه الآية الكريمة بأن الله -سـبحانه وتعـالى- بيّن فيها مصارف الصدقات، والوقف صدقة من الصدقات قولـه ﷺ في حديث أبي هريرة: «إلا من صدقة جارية..»(٣) الحديث، فيكون مصرف

---

(١) المغني ٦/ ٢١٥.

(٢) سورة التوبة الآية: ٦٠.

(٣) سبق تخريجه ص٦١٧.

ريعه عند انقراض المستحق لمن ذكرهم الله في هذه الآية.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن هذه الآية إنما هي في الصدقة المفروضة، وهي الزكاة، أما صدقة التطوع فإن مصرفها في الأقربين، ويدل على ذلك ما جاء في حديث أبي طلحة ﷺ من قول النبي ﷺ حينما أطلق صدقته: «أرى أن تجعلها في الأقربين»(١).

دليل القول السادس:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن إبقاء الوقف بلا مصرف متعذر، وإثبات مصرف لم يتعرض له الواقف بعيد، فتعين إرصاده(٢).

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الوقف لا يبقى بلا مصرف؛ لأنه إذا انقرض الموقوف عليه سعي إلى تحقيق غرض الواقف ما أمكن، ومن المعلوم أن من أهم أغراض الوقف استدامة الثواب والاستكثار منه، وصرف الصدقة إلى القريب الفقير أعظم أجرا من غيره، فتصرف إليه.

وقد رد ابن قدامة على أصل هذا القول بقوله:« لنا أنه أزال ملكه لله تعالى فلم يجز أن يرجع إليه، كما لو أعتق عبدا»(٣).

---

(١) سبق تخريجه ص٧٢٧.
(٢) الابتهاج ٤/ل ١٤٧/أ.
(٣) المغني ٦/ ٢١٥.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن الناظر يصرف ريع الوقف إذا انقرض الموقوف عليهم للفقراء والمساكين، ويقدّم فقراء الواقف على غيرهم؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن القصد بالوقف الثواب الجاري على الواقف على وجه الدوام، فيجب على الناظر اعتبار جانب الواقف في صرف وقفه أفضل القربات، فتعيّن اعتبار الحاجة؛ لأن سد الحاجات أهم الخيرات، فإذا كان من أقاربه من هو محتاج تعين تقديمه على غيره؛ لأن أقارب الإنسان أولى الناس بزكاته وصِلاته[1].

(١) المغني ٦/ ٢١٦.

المبحث الثالث عشر

استخدام الناظر للوقف في غير ما وضع له

من المعلوم أن العين الموقوفة يتعين الانتفاع بها فيما عيّنه الواقف من وجوه الانتفاع؛ لأن هذا هو المقصود من الوقف، ولكن هل يجوز استخدمها في وجه آخر من وجوه الانتفاع الذي تصلح له، أو لا يجوز؟

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أنه لايجوز للناظر على الوقف ولا غيره استخدام الوقف في غير ما وضع له، بل يجب استخدامه فيما وضع له مالم يمنع مانع من ذلك.

حيث قال بذلك الحنفية[(١)]، والمالكية[(٢)].

والشافعية[(٣)] والحنابلة[(٤)].

الأدلة:

استدلوا على ذلك بما يلي:

١. أن تعيين الواقف استعمالات الوقف صرف له عن الاستعمالات الأخرى، فلا تجوز[(٥)].

٢. أن استخدام الوقف في غير ما وقف له مخالفة لشرط الواقف، ولو

---

(١) البحر الرائق ٥/ ٢٧٠-٢٧١، الإسعاف ص ٨٢.
(٢) الفروق ١/ ١٨٩، التاج والإكليل ٦/ ٣٢.
(٣) روضة الطالبين ٥/ ٣٦١، مغني المحتاج ٢/ ٣٩١.
(٤) الفروع ٤/ ٦٠٢، الإنصاف ٧/ ٥٨، مطالب أولي النهى ٤/ ٢٩٦.
(٥) مطالب أولي النهى ٤/ ٢٩٦.

لم يجب اتباع شرطه وتعيينه لم يكن له فائدة[1].

وقد استثنى بعض الفقهاء بعض الأشياء فأجازوا استخدام الوقف في غير ما وضع له، ومنها ما يلي:

١. ما ألحقه بعض الفقهاء بما وضع الوقف له من كل ما كان في معناه أو قريبا منه، وذلك كالدروس في المسجد والتعليم بسهام الغزو، والشرب من ماء وقف على الوضوء[2].

٢. وأجاز بعض الحنفية استعمال الوقف في غير ما وضع له عند الضرورة كإدخال الحبوب، وأثاث البيت في المسجد للخوف عند الفتنة العامة[3].

٣. وأجاز المالكية نقل الوقف من وجه منفعة إلى وجه منفعة أخرى إذا كان لله-سبحانه وتعالى-؛ لأنه لا يتعلق به حق لغيره فلا بأس بصرف بعضها إلى بعض[4].

٤. وأجاز بعض الفقهاء استعمال الوقف في غير ما وضع له إذا كان شيئاً يسيراً كالنوم والاستراحة في المدارس والربط الموقوفة ونحوها، وإنزال الضيف فيها[5].

---

(١) المرجع السابق، والإنصاف ٧/ ٥٨.

(٢) البحر الرائق ٥/ ٢٧٠، الفواكه الدواني ٢/ ٢٢٥، الفروع ٤/ ٦٠٣.

(٣) البحر الرائق ٥/ ٢٧٠، الإسعاف ص ٨١.

(٤) المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ٦/ ١٣٠، التاج والإكليل ٦/ ٣٢.

(٥) تهذيب الفروق ١/ ١٩٤، وحاشية أبي الضياء على نهاية المحتاج ٧/ ٤٤٧.

المبحث الرابع عشر
انفراد أحد النظّار بالتصرف إذا تعددوا

إذا أسند الواقف النظر على الوقف إلى اثنين أو أكثر من الموقوف عليهم أو من غيرهم، أو جعله القاضي أو الناظر الأصلي كذلك، فهل يملك أحدهم الانفراد بالتصرف، أو لا يملكه؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن أحد النظار لا يملك الانفراد بالتصرف مستقلاً عن الآخرين إلا إذا كان النظر قد شرط لكل منهم.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة[(١)].

وهو الظاهر من قول المالكية حيث قالوا: بعدم جواز انفراد أحد الوكلاء بالتصرف إذا تعددوا إلا إذا كان الموكل قد شرط له ذلك كما سبق.

وبه قال الشافعية[(٢)]، والحنابلة[(٣)]، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية[(٤)].

القول الثاني: أن أحد النظار يملك الانفراد بالتصرف مطلقا.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٩٧، الإسعاف ص ٤٥، ٧٣.

(٢) روضة الطالبين ٥/ ٣٤٨، مغني المحتاج ٢/ ٣٩٤، فتح الوهاب ١/ ٢٥٩، فتح الجواد ١/ ٦١٩.

(٣) مجموع الفتاوي ٣١/ ٦٦، المبدع ٥/ ٣٣٧، التنقيح المشبع ص ٢٥٢، التوضيح ص ٢٤٩، غاية المنتهى ٢/ ٣٠٢، وكشاف القناع ٤/ ٢٧٢، ٢٧٣.

(٤) مجموع الفتاوى ٣١/ ٦٦.

وبهذا قال أبو يوسف صاحب أبي حنيفة[١].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الواقف بإسناده النظر إلى اثنين أو أكثر يرض بافراد أحدهم بالتصرف وإلا لما أسنده إليهم جميعاً، فلا يصح[٢].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

القياس على الوصي، فلما أنه يصح لأحد الوصيين الانفراد بالتصرف، فكذلك يصح لأحد النظار الانفراد بالتصرف[٣].

مناقشه هذا الدليل:

يمكن مناقشته من وجهين:

الوجه الأول: لا نسلّم بأنه يصح لأحد الوصيين الانفراد بالتصرف مطلقاً، بل لا يصح إلا إذا جعل الموصي ذلك[٤].

الوجه الثاني: على تقدير التسليم بذلك فهو قياس مع الفارق؛ لأن

---

(١) الإسعاف ص ٥٤.

(٢) المرجع السابق، كشاف القناع ٤/ ٢٧٣.

(٣) الإسعاف ص ٥٤.

(٤) المغني ٦/ ٥٦٨-٥٦٩.

هناك فرقاً بين الوصية والوقف، قال البهوتي[1]: «قال أحمد: الوقف غير الوصية؛ لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكاً للورثة»[2].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية أحد النظار للانفراد بالتصرف في الوقف إذا تعددوا إلا إذا كان النظر قد شرط لكل منهم على انفراد؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن تعديد النظار من قبل الواقف أو القاضي مقصود لمصلحة الوقف، فيجب مراعاته لتحقيق هذه المصلحة.

---

(١) هو منصور بن صلاح الدين حسين بن أحمد البهوتي، ولد سنة ١٠٠٠ هـ وسمي البهوتي نسبة إلى «بهوت»، وهي بلدة في غرب مصر، انتهت إليه إمامة الحنابلة في وقته، وألف مؤلفات كثيرة منها: الروض المربع، وكشاف القناع، ودقائق أولي النهى، وتوفي سنة ١٠٥١هـ،
(النعت الأكمل ص ٢١٠-٣١٠، مختصر طبقات الحنابلة ص١١٤- ١١٦، السحب الوابلة ص ٣٠٩-٣١٠).

(٢) منح الشفا الشافيات ٢/ ٦٤.

المبحث الخامس عشر

تلف الوقف تحت يد الناظر، وضمانه

إذا تلف الوقف وهو في يد الناظر عليه كأن كان داراً فانهدمت، أو دابة فهلكت، أو سلاحاً فتلف، فهل يضمن مطلقاً، أو يعد أميناً فلا يضمن إلا بتعد أو تفريط؟

الوقف يعد أمانة في يد الناظر عليه، فيضمنه إذا تلف بتعد منه بتصرفه فيه تصرفاً لا يملكه من التصرفات السابقة أو غيرها، أو بتفريط في حفظه، ولا يضمنه إذا لم يتعد ولم يفرط[1].

الدليل:

يمكن الاستدلال لذلك بما يلي:

١. أن الوقف قد وضع في يد الناظر للقيام عليه وتصريف شئونه دون تملك له، فيكون أميناً عليه قياساً على الوكيل في المال الموكل عليه، والوصي والقاضي في مال الصغير والمجنون.

٢. أن الناظر -إذا كان من الموقوف عليهم- قد قبض مال غيره لتصريف شئونه لمصلحته ومصلحة غيره فيكون أميناً عليه قياساً على الشريك، وعامل المضاربة، والمساقاة، والمزارعة، وغيرهم.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧٣-٧٥، مغني المحتاج ٢/ ٣٩٦، أسنى المطالب ٢/ ٤٧٦، الإرشاد إلى معرفة الأحكام ص ١٤١.

الفصل الرابع
تصرفات الوصي والقاضي في مال الصغير وا لمجنون

وفيه اثنان وعشرون مبحثاً:

المبحث الأول: إخراج الزكاة عن الصغير والمجنون.

المبحث الثاني: التضحية عن الصغير والمجنون.

المبحث الثالث: بيع مال الصغير والمجنون، والشراء لهما.

المبحث الرابع: إقتراض مال الصغير والمجنون، وإقراضه.

المبحث الخامس: رهن مال الصغير والمجنون.

المبحث السادس: التوكيل على مال الصغير والمجنون.

المبحث السابع: المشاركة بمال الصغير والمجنون.

المبحث الثامن: المضاربة بمال الصغير والمجنون.

المبحث التاسع: إبضاع مال الصغير والمجنون.

المبحث العاشر: إجارة مال الصغير والمجنون، والاسئجار لهما.

المبحب الحادي عشر: إعارة مال الصغير والمجنون.

المبحث الثاني عشر: طلب الشفعة للصغير والمجنون والأخذ بها.

المبحث الثالث عشر: إيداع مال الصغير والمجنون.

المبحث الرابع عشر: الهبة من مال الصغير والمجنون.

المبحث الأول

إخراج الوصي والقاضي الزكاة عن الصغير وا لمجنون

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: إخراج زكاة مال الصغير والمجنون.

المطلب الثاني: إخراج زكاة الفطر عن الصغير والمجنون.

المطلب الأول: إخراج الوصي والقاضي زكاة مال الصغير والمجنون

إذا كان للصغير أو المجنون مال قد توفرت فيه شروط وجوب الزكاة، فهل يملك وصيه أو القاضي إن لم يكن وصي إخراجها، أو لا يملك ذلك؟

خلاف الفقهاء في ذلك ينبني على خلافهم في وجوب الزكاة في مال الصغير والمجنون، فلا بدّ من الكلام عليه أولاً، ثم بيان ملكية الوصي أو القاضي لإخراجها حسب القول الراجح، فأقول.

اختلف الفقهاء في وجوب الزكاة في مال الصغير والمجنون على قولين:

القول الأول: أن الزكاة تجب في مال الصغير والمجنون.

وبهذا قال المالكية[1]، والشافعية[2].

والحنابلة[3]، وابن حزم[4].

القول الثاني: أن الزكاة لا تجب في مال الصغير والمجنون إلا إذا كان زرعاً أو تمراً.

وبهذا قال الحنفية[5].

---

(١) الإشراف ١/ ١٦٨، المقدمات الممهدات ١/ ٢٨١، الكافي لابن عبد البر ٢/ ٨٣٤، القوانين الفقهية ص ١٠٣-١٠٤.

(٢) الأم ٢/ ٢٩، ٣٠، ٤/ ١٢٧، مختصر المزني مع الأم ٨/ ٢٤٦، روضة الطالبين ٤/ ١٩٠، المجموع ٥/ ٣٢٩، مغني المحتاج ١/ ٤٠٩، ٢/ ١٧٦، أسنى المطالب ٢/ ٢١٣.

(٣) مسائل الإمام أحمد لابنه عبد الله ص ١٥٨، القواعد لابن رجب ص ٢٢١،المغني ٢/ ٤٩٣، الإنصاف ٣/ ٤.

(٤) المحلي ٥/ ٢٠١، ٢٠٥.

(٥) النتف في الفتاوى ٢/ ٨٨٠، المبسوط ٢/ ١٦٢، بدائع الصنائع ٢/ ٤ - ٥، الهداية ١/ ٩٦، اللباب ١/ ١٣٧.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ عامة، وأدلةٍ خاصة، وهي كما يلي:

أولا: الأدلة العامة:

استدلوا بأدلةٍ من الكتاب، والسنة:

فمن الكتاب:

قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا..﴾[1] الآية.

وجه الاستدلال:

قال الإمام الشافعي عند استدلاله بهذه الآية: «فلم يخص مالا دون مال»[2]. وقال ابن حزم عند استدلاله بها: «فهذا عموم لكل صغير وكبير، وعاقل ومجنون، وحر وعبد، لأنهم محتاجون إلى طهرة الله تعالى لهم، وتزكيته إياهم، وكلهم من الذين آمنوا»[3].

وقال ابن رشد عند استدلاله بها: «والطهرة والتزكية تصح دونهما (يعني البلوغ والعقل) فكانت الآية عامة في الصغير والكبير والعاقل والمجنون»[4].

---

(١) سورة التوبة الآية: ١٠٣.

(٢) الأم ٢/ ٣٠.

(٣) المحلى ٥/ ٢٠١.

(٤) المقدمات الممهدات ١/ ٢٨١.

ومن السنة:

١ .ما رواه عبد الله بن عباس[١] ﷺ : أن النبي ﷺ بعث معاذاً إلى اليمن، فقال: «ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأني رسول الله، فإن هم أطاعوا لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة، فإن هم أطاعوا لذلك فاعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم تؤخذ ممن أغنيائهم وترد على فقرائهم»[٢].

وجه الاستدلال:

قال ابن حزم عند استدلاله بهذا الحديث: «فهذا عموم لكل غني من المسلمين وهذا يدخل فيه الصغير والكبير، والمجنون، والعبد والأمة، إذا كانوا أغنياء»[٣].

وقال ابن رشد عن استدلاله به: «وقول النبي ﷺ إن الله أمره أن يأخذ الزكاة من الأغنياء ويردها على الفقراء عام في كل غني من صغير وكبير

---

(١) هو عبد الله بن عباس بن عبدالمطلب بن هاشم، ابن عم رسول الله ﷺ، ولد قبل الهجرة بثلاث سنين، ودعا له الرسول ﷺ بالفقه في الدين ومعرفة التأويل، فكان يسمى «البحر» و«حبر الأمة» ولاه علي على البصرة، وتوفي في الطائف سنة ٦٨هـ.
(طبقات ابن سعد ٢/ ٣٦٥-٣٧٢، أسد الغابة ٣/١٩٢-١٩٥، الإصابة ٤/ ٩٠-٩٤).

(٢) رواه البخاري في كتاب الزكاة -باب وجوب الزكاة ٢/ ١٠٨، وفي باب لاتؤخذ كرائم أموال الناس في الصدقة ٢/ ١٢٥، واللفظ له.
ومسلم في كتاب الإيمان - باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام ١/ ٥٠، حديث رقم ٢٩.
وأبو داود في كتاب الزكاة - باب في الزكاة السائمة ٢/ ١٠٤، ١٠٥، حديث رقم ١٥٨٤.
والترمذي في كتاب الزكاة - باب ماجاء في كراهية أخذ خيار المال في الصدقة ٢/ ٩٦، حديث رقم ٦٢١.
والنسائي في كتاب الزكاة - باب إخراج الزكاة من بلد إلى بلد ٥/ ٥٥، حديث رقم ٢٥٢٢.
وابن ماجه في كتاب الزكاة - باب فرض الزكاة ١/ ٥٦٨، حديث رقم ١٧٨٣.
وأحمد ١/ ٢٣٣.

(٣) المحلي ٥/ ٢٠٢.

وعاقل ومجنون، فوجب أن يحمل على عمومه إذ لم يأت ما يخص من ذلك الصغير والمجنون»[1].

وقال ابن النجّار[2] عند استدلاله به: «ولفظة الأغنياء تشمل الصغير والمجنون كما شملتها لنظة الفقر»[3].

٢. ما رواه أبو سعيد الخدري ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «ليس فيما دون خمسة أوسق من التمر صدقة، وليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة، وليس فيما دون خمس ذود من الإبل صدقة»[4].

---

(١) المقدمات الممهدات ١/ ٢٨١-٢٨٢.

(٢) هو محمّد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي، المصري، الحنبلي، المعروف بابن النجار، ولد بالقاهرة سنة ٨٩٨هـ، ونشأ وتعلم بها، قال عنه الشعراني: صحبته أربعين سنة فما رأيت عليه شيئا يشينه، وما رأيت أحد أحسن منطقاً منه و لا أكثر أدباً، ومن مؤلفاته: منتهى الإرادات، وشرحه، والكوكب المنير، وشرحه، توفي سنة ٩٧٢هـ.
(مختصر طبقات الحنابلة ص ٩٦-٩٧، النعت الأكمل ص ١٤١-١٤٢).

(٣) شرح منتهى الإرادات للفتوحي جـ ١/ ل ١٩٧/أ.

(٤) رواه البخاري في كتاب الزكاة - باب ليس فيما دون خمس ذود صدقة ٢/ ١٢٥، واللفظ له.
ومسلم في كتاب الزكاة - المقدمة ٢/ ٦٧٣، ٦٧٤، الأحاديث١،٣،٤،٥.
وأبو داود في كتاب الزكاة - باب ماجاء في صدقة الزرع والثمر والحبوب ٢/ ٩٩، الحديث ٦٢٢.
والنسائي في كتاب الزكاة باب زكاة الورق ٥/ ٣٦-٣٧، الأحاديث ٢٤٧٣-٢٤٧٦، وباب زكاة التمر ٥/ ٣٩، الحديث رقم ٢٤٨٣، وباب زكاة الحنطة ٥/ ٤٠ الحديث ٢٤٨٤، وباب زكاة الحبوب ٥/ ٤٠ الحديث ٢٤٨٥، وباب القدر الذي تجب فيه الصدقة ٥/ ٤٠، ٤١، الحديثان ٢٤٨٦، ٢٤٨٧.
وابن ماجه في كتاب الزكاة - باب ماتجب فيه الزكاة من الأموال ١/ ٥٧١، الحديث ١٧٩٣.
ومالك في الموطأ في كتاب الزكاة - باب ماتجب فيه الزكاة ١/ ٢٤٤، ٢٤٥، الحديثان ١،٢.
والدارمي في كتاب الزكاة - باب ما لا يجب فيه الصدقة من الحبوب والورق والذهب ١/ ٣٢٣ الحديثان ١٦٤٠، ١٦٤١هـ.
وأحمد ٣/ ٦، ٣٠، ٤٥، ٥٩، ٦٠، ٧٣، ٧٤، ٧٩، ٨٦، ٩٧.

وجه الاستدلال:

قال الإمام الشافعي عند الاستدلالة بهذا الحديث: «فدّل قوله ﷺ، على أن خمس ذود وخمس أواق وخمسة أوسق إذا كان واحد منها لحر مسلم ففيه الصدقة في المال نفسه، لا في المالك، لأن المالك لو أعوز منها لم يكن عليه صدقة»[1].

ثانياً: الأدلة الخاصة:

استدلوا بأدلةٍ من السنة، والآثار، والمعقول:

فمن السنة:

١. ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ خطب الناس، فقال: «ألا من ولي يتيماً له مال فليتجر فيه، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة»[2].

---

(١) الأم ٢/ ٣٢.

(٢) رواه الترمذي في أبواب الزكاة باب ما جاء في زكاة مال اليتيم ٢/ ٧٦، حديث رقم ٦٣٦، واللفظ له، وقال: «إنما روي هذا الحديث من هذا الوجه، وفي إسناده مقال، لأن المثنى بن الصباح يضعف في الحديث..».

وأبو عبيد في كتابه (الأموال) في باب صدقة مال اليتيم وما فيه من السنة والاختلاف ص ٤٥٤، حديث رقم ١٢٩٩.

والدارقطني في كتاب الزكاة - باب وجوب الزكاة في مال الصبي واليتيم ٢/ ١٠٩، ١١٠، حديث رقم ١.

وقال النووي «ضعيف»، (المجموع ٥/ ٣٢٩).

ورواه مرسلا عن يوسف بن ماهك أن رسول الله ﷺ قال: «ابتغوا في مال اليتيم أو في أموال اليتامى لاتذهبها أولا تستأصلها الصدقة البيهقي في كتاب الزكاة - باب من تجب عليه الصدقة ٤/ ١٠٧، واللفظ له.

وعبدالرزاق في كتاب الزكاة - باب صدقة مال اليتيم والالتماس فيه وإعطاء زكاته ٤/ ٦٦، حديث رقم ٦٩٨٢.

وأبوعبيد في كتابه (الأموال) في باب صدقة مال اليتيم ومافيه من السنة والاختلاف ص =

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن النبي ﷺ أمر بالاتجار بأموال اليتامى، حتى لا تأكلها الصدقة، أي حتى لا تنقص شيئاً فشيئاً حتى تنتهي بسبب إخراج الزكاة منها كل حول، وهذا يدل على وجوب الزكاة فيها.

ولكن هذا الحديث ضعيف مرفوعاً، وإنما صح موقوفاً على عمر ﷺ كما في تخريجه.

٢. ما رواه أنس بن مالك ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة»[1].

يمكن توجيه الاستدلال به كما سبق في الدليل السابق.

٤٥٤، حديث رقم ١٣٠٠.
والشافعي في مسنده في كتاب الزكاة ص ٩٢.
وقال النووي: «بإسناد صحيح» (المجموع ٥/ ٣٢٩).
ورواه موقوفاً على عمر بن الخطاب ﷺ بلفظ: «ابتغوا بأموال اليتامى لاتستغرقها الصدقة» وابن أبي شيبة في كتاب الزكاة - باب ما قالوا في مال اليتيم زكاة ومن يزكيه ٣/ ١٥٠.
وعبدالرزاق في كتاب الزكاة - باب صدقة مال اليتيم والالتماس فيه وإعطاء زكاته ٤/ ٦٨، ٩٦، والآثار ٦٩٨٩، ٦٩٩٠، ٦٩٩٣ بألفاظ متقاربة.
أبوعبيد في كتابه (الأموال) باب صدقة مال اليتيم وما فيه من السنة والاختلاف ص ٤٥٥، الأثر رقم ١٣٠١.
والدارقطني في كتاب الزكاة - باب وجوب الزكاة في مال الصبي واليتيم ٢/ ١١٠، الأثر رقم ٤، وفي باب استقراض الوصي من مال اليتيم ٢/ ١١١، وأثر رقم ٢.
والبيهقي في كتاب الزكاة باب من تجب عليه الصدقة ٤/ ١٠٧، عن عمر ﷺ، ومالك في الموطأ في كتاب الزكاة، باب زكاة أموال اليتامى والتجارة لهم فيها ١/ ٢٥١، الأثر رقم ١٢.

(١) ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد ٣/ ٦٧، وعزاه للطبراني في الأوسط، وقال: «أخبرني سيدي وشيخي أن إسناده صحيح» ويعني بسيده وشيخه الحافظ زين الدين العراقي، وكذلك فعل السيوطي في الجامع الصغير ورمز له بالصحة (الجامع مع شرحه الفيض ١/ ١٠٧).

ومن الآثار:

١. ما رواه القاسم بن محمّد[1] قال: كنا يتامى في حجر عائشة، فكانت تزكي أموالنا، ثم دفعته مقارضة، فبورك لنا فيه[2].

٢. ما روي أن عمر بن الخطاب ﷺ قال لعثمان بن أبي العاص[3]: إن عندنا أموال يتامى قد خشينا أن تأتي عليها الصدقة..[4] الأثر.

---

(١) هو القاسم بن محمّد بن أبي بكر الصديق ﷺ يكنى بأبي محمّد ويقال: «أبو عبد الرحمن، قتل ابوه فبقي في حجر عائشة رضي الله عنها، قال فيه البخاري: كان أفضل أهل زمانه، وقال ابن سعد: كان ثقة رفيعاً عالماً فقيهاً إماماً ورعاً..»، ووثّقه أيضا العجلي، وابن حبان، وكان أعلم الناس بحديث عائشة، توفي سنة ١٠٥هـ وقيل ١٠٦، وقيل غير ذلك.
(طبقات ابن سعد ٥/ ١٨٧، تهذيب التهذيب ٨/ ٣٣٣-٣٣٥).

(٢) رواه بهذا اللفظ عبد الرزاق في كتاب الزكاة - باب صدقة مال اليتيم والالتماس فيه وإعطائه زكاته ٤/ ٦٧، الأثر رقم ٦٩٨٤.
وقد رواه بنحو هذا اللفظ مصرحاً بتزكيتها ﷺ لهذه الأموال عبد الرزاق في الكتاب والباب السابقين ٤/ ٦٦، ٦٧ـ الأثران ٦٩٨٣، ٦٩٨٥.
وابن أبي شيبة في كتاب الزكاة - باب ما قالوا في اليتيم زكاة ومن كان يزكيه ٣/ ١٤٩، ١٥٠.
والبيهقي في كتاب الزكاة -باب من تجب عليه الصدقة ٤/ ١٠٨، وفي كتاب الوصايا- باب ما يجوز للوصي أن يصنعه في أموال اليتامى ٦/ ٢٨٥.
والشافعي في مسنده في كتاب الزكاة ص ٩٢.
أبوعبيد في كتابه (الأموال) باب صدقة مال اليتيم وما فيه من السنة والاختلاف ص ٤٥٦، الأثر ١٣٠٧.
وابن حزم المحلى ٥/ ٢٠٨.

(٣) هو عثمان بن أبي العاص بن بشر بن عبد بن دهما الثقفي، أسلم في وفد ثقيف، فاستعمله النبي ﷺ على الطائف، ثم أقرّه أبو بكر ثم عمر، وهو الذي منع ثقيف عن الردة، ثم استعمله عمر على عمان والبحرين سنة ١٥ هـ، ثم سكن البصرة حتى توفي في عهد معاوية سنة ٥١ هـ وقيل ٥٥هـ.
(طبقات ابن سعد ٧/ ٤٠، الاستيعاب ٣/ ١٠٣٥-١٠٣٦، الإصابة ٤/ ٢٢١).

(٤) رواه عبد الرزاق في كتاب الزكاة - باب صدقة مال اليتيم والالتماس فيه وإعطاء زكاته ٤/ ٦٨، الأثران رقم ٦٩٨٧، ٦٩٨٨، واللفظ له.

=

٣.ما رواه عبيد الله[١] بن أبي رافع قال: باع لنا علي أرضا بثمانين ألفا، فلما أردنا قبض مالنا نقصت، فقال: إني كنت ازكيه، وكنا يتامى في حجره[٢].

٤.ما روى عن عبد الله بن عمر ﷺ أنه كان يكون عنده مال اليتيم فيستسلفها ليحرزها من الهلاك، وهو يؤدي زكاتها من أموالهم[٣].

وأبوعبيد في كتابه (الأموال) باب صدقة مال اليتيم وما فيه من السنة والاختلاف ص ٤٥٥، الأثران ١٣٠٣، ١٣٠٤.
والبيهقي في كتاب الزكاة باب من تجب عليه الصدقة ٤/ ١٠٧ مختصرا.
وابن حزم في المحلى ٥/ ٢٠٨.

(١) هو عبيدالله بن أبي رافع المدني، مولى النبي ﷺ وثقة أبو حاتم، والخطيب، وابن حبان، وابن سعد، وقال ابن حجر: كان كاتب علي، وكان ثقة.
(طبقات ابن سعد ٥/ ٢٨٢، الكاشف ٢/ ٢٢٥، تهذيب التهذيب ٧/ ١٠/ ١١، تقريب التهذيب ١/ ٥٣٢).

(٢) رواه عبدالرزاق في كتاب الزكاة - باب صدقة مال اليتيم والالتماس فيه وإعطاء زكاته ٤/ ٦٧، الأثر رقم ٦٩٨٦، واللفظ له.
وابن أبي شيبة في كتاب الزكاة - باب ما قالوا في مال اليتيم زكاة ومن كان يزيكه ٣/ ١٤٩.
والدارقطني في كتاب الزكاة -باب وجوب الزكاة في مال الصبي واليتيم ٢/ ١١٠، والأثران ٥، ٦.
والبيهقي في كتاب الزكاة - باب من تجب عليه الصدقة ٤/ ١٠٧، ١٠٨.
وأبوعبيد في كتابه (الأموال) باب صدقة مال اليتيم، وما فيه من السنة والاختلاف ص ٤٥٥، الأثر رقم ١٣٠٥.
وابن حزم في المحلى ٥/ ٢٠٨.

(٣) رواه عبدالرزاق في كتاب الزكاة - باب صدقة مال اليتيم والالتماس فيه وإعطاء زكاته ٤/ ٧٠، الأثر رقم ٦٩٩٢، والأثر رقم ٦٩٩٨، وبهذا اللفظ، والأثر رقم ٦٩٩٩، وفي باب كيف يصنع بمال اليتيم وليه؟ ٤/ ٧١، الأثر رقم ٧٠٠١.
وابن أبي شيبة في كتاب الزكاة - باب ما قالوا في مال اليتيم زكاة ومن كان يزكيه ٣/ ١٤٩.
والدارقطني في كتاب الزكاة - باب استقراض الوصي من مال ٢/ ١١١، الآثار ١،٢،٣.
والبيهقي في كتاب الزكاة - باب من تجب عليه الصدقة ٤/ ١٠٨، وفي كتاب الوصايا - باب ما يجوز للوصي أن يضعه في أموال اليتامى ٦/ ٢٨٥.
وأبوعبيد في كتابه (الأموال) باب في صدقة مال اليتيم وما فيه من السنة والاختلاف ص ٤٥٦، الأثران رقم ١٣٠٨، ١٣٠٩.

٥. ماروى عن جابر بن عبد الله ﷺ أنه كان يقول في الرجل يلي مال اليتيم: «يعطي زكاته»[١].

فهذه الآثار تدل دلالة واضحة على وجوب الزكاة في مال الصغير والمجنون.

قال عنها ابن النجّار: «ولم يعرف لهم (يعني من رويت عنهم هذه الآثار) مخالف وقد فعلوه في أوقات مختلفة، واشتهر ولم ينكر فصار كالإجماع»[٢].

ولكنه قد روي عدم الوجوب عن ابن مسعود، وابن عباس ﷺ كما سيأتي في أدلة القول الثاني إلا أنها ضعيفة.

ومن المعقول:

١. أن الحنفية يقولون بوجوب الزكاة في مال الصغير والمجنون ونحوها إذا كان معشّراً، فكذلك في غيره؛ لأن كل من وجب العشر في زرعه وجبت الزكاة في سائر أمواله، كالبالغ العاقل[٣].

٢. أن الصغير، أو المجنون حر مسلم، فجاز وجوب الزكاة على عين ماله وماشيته، كالبالغ العاقل[٤].

---

(١) رواه أبوعبيد في كتابه (الأموال) في باب صدقة مال اليتيم. وما فيه من السنة والاختلاف ص٤٥٦، الأثران ١٣١٠، ١٣١١.
وابن أبي شيبة في كتاب الزكاة - باب ما قالوا في مال اليتيم زكاة ومن كان يزكيه ٣/ ١٤٩.
وابن حزم في المحلى ٥/ ٢٠٨.

(٢) شرح منتهى الإرادات للفتوحي جـ١/ ل ١٩٧/ أ.

(٣) الإشراف ١/ ١٦٨، المجموع ٥/ ٣٢٩، المغني ٢/ ٤٩٣.

(٤) الإشراف ١/ ١٦٨.

٣.أن الزكاة حق الله -تعالى- في مال الصغير والمجنون، فتجب، كزكاة الفطر[١].

٤.أن الزكاة يقصد بها حصول الثواب للمزكي، ومواساة الفقير، والصغير، والمجنون، ونحوهما من أهل الثواب، ومن أهل المواساة، ولهذا تجب عليهم نفقة الأقارب، ويعتق عليهم الأب إذا ملكوه، فوجبت الزكاة في أموالهم[٢].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ عامة، وأدلةٍ خاصة، وهي كما يلي:

أولاً: الأدلة العامة:

استدلوا بأدلةٍ من الكتاب، والسنة، وهي كما يلي:

فمن الكتاب:

١.ما استدل به أصحاب القول الأول من قوله -تعالى-: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا..﴾[٣] الآية.

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذه الآية بأن الله -سبحانه وتعالى- بين أن المقصود من الزكاة تزكية المزكي وتطهيره عما أصابه من الذنوب، والصغير والمجنون ليسا من أهل الذنوب، فلا تجب عليها الزكاة.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) المهذب ١/ ١٤٧.

(٣) سورة التوبة الآية: ١٠٣.

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه النووي بأن الغالب أنها تطهير، وليس ذلك شرطاً، فإنا متفقون على وجوب زكاة الفطر، والعشر في أموالهم، وإن كان تطهيراً في أصله[1].

٢. قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ..﴾[2] الآية.

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الآية الكريمة بأن الله -سبحانه وتعالى- جمع بين إقامة الصلاة وإيتاء الزكاة، ومعلوم أن الصلاة لا تجب على الصغير والمجنون، فكذلك لا تجب الزكاة في ماليهما.

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن رشد بأنه لا حجة لهم في هذا الآية، لأن الله إنما جمع بينهما في الوجوب جملة لا في أن الزكاة لا تجب إلا على من تجب عليه الصلاة، فكما تجب الصلاة على العبد ولا تجب عليه الزكاة عندهم، وتجب الزكاة على الحائض عند الجميع ولا تجب عليها الصلاة، فكذلك تجب الزكاة على الصبي والمجنون وإن لم تجب عليهما الصلاة[3].

---

(١) المجموع ٥/ ٣٣٠.

(٢) سورة المزمل الآية: ٢٠.

(٣) المقدمات الممهدات ١/ ٢٨٢.

ومن السنة:

ما روته عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن المبتلى حتى يبرأ، وعن الصبي حتى يكبر»(١).

وفي رواية: «وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق»(٢).

وفي رواية: «وعن الصغير حتى يحتلم»(٣).

وجه الاستدلال:

أن النبي ﷺ أخبر برفع القلم عن الصبي، والمجنون، وفي إيجاب الزكاة

---

(١) رواه أبو داود في كتاب الحدود -باب في المجنون يسرق أو يصيب حدا ٤/ ١٣٩،١٤٠، حديث رقم ٤٣٩٨، وسكت عنه، واللفظ له.

وابن ماجه في كتاب الطلاق -باب طلاق المعتوه، والصغير، والنائم ١/ ٦٥٨، حديث رقم ٢٠٤١.

والبيهقي في كتاب الإقرار -باب من لا يجوز إقراره ٦/ ٨٤، وفي كتاب اللقطة - باب من قال لا يحكم بإسلام الصبي بنفسه... ٦/ ٢٠٦، وفي كتاب الجنايات - باب من عليه القصاص في القتل وما دونه ٨/ ٤١، وفي كتاب الكتاتب -باب ما يجوز كتابته من المماليك ١٠/ ٣١٧.

والحاكم في كتاب البيوع ٢/ ٥٩، وقال: «صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي في تلخيصه»، والألباني في إرواء الغليل ٢/ ٥، حيث قال: «وهو كما قالا، فإن رجاله كلهم ثقات احتج بهم مسلم برواية بعضهم عن بعض..».

وأحمد ٦/ ١٠٠،١٠١،١٤٤.

كما ورد هذا من حديث علي بن أبي طالب، وأبي قتادة الأنصاري -رضي الله عنهما- وقال النووي عن حديث علي: «رواه أبوداود والنسائي بإسنادٍ صحيحٍ».

(المجموع ٤/ ٥٠).

(٢) رواها النسائي في كتاب الطلاق -باب من لا يقع طلاقه من الأزواج ٦/ ١٥٦، حديث رقم ٣٤٣٢.

وابن ماجه في كتاب الطلاق -باب طلاق المعتوه، والصغير، والنائم ١/ ٦٥٨، حديث رقم ٢٠٤١.

(٣) رواها الدارمي في كتاب الحدود -باب وفع القلم عن ثلاث (هكذا نص عنوان الباب وإن كان الحديث بلفظ ثلاثة) ٢/ ٣٩، حديث رقم ٢٣٠١.

عليهما إجراء للقلم عليهما، فإن الوجوب يختص بالذمة، ولا يجب في ذمة الولي، فلابد من القول بوجوبه على الصبي والمجنون، وفيه يوجد الخطاب عليها[١].

مناقشة هذا الدليل:

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: ناقشه الإمام الشافعي، وابن حزم بأنه يلزمكم على هذا أن لا توجبوا عليه الزكاة في الزرع والثمر، ولا زكاة الفطر، وأنتم لا تقولون بذلك بل توجبون عليه الزكاة فيها دون سائر أمواله، فإما أن تقولوا بوجوبها في الجميع، أو عدمه[٢].

الوجه الثاني: ناقشه ابن قدامة، والنووي بأن المراد بالرفع فيه رفع الإثم والعبادات البدنية، بدليل وجوب العشر، وصدقة الفطر، والحقوق المالية[٣].

ثانياً: الأدلة الخاصة:

استدلوا بأدلة من الآثار، والمعقول:

فمن الآثار:

١. ما رواه مجاهد عن عبدالله بن مسعود ﷺ قال: سُئِلَ عن أموال

---

(١) المبسوط ٢/ ١٦٣.
(٢) الأم ٢/ ٣٠، المحلى ٥/ ٢٠٧.
(٣) المغني ٢/ ٤٩٤، المجموع ٥/ ٣٣٠.

اليتامى، فقال: إذا بلغوا فأعلموهم ما حل فيها من زكاة، فإن شاؤا زكوه وإن شاؤا تركوه[١].

وهذا الأثر واضح الدلالة.

مناقشة هذا الدليل:

نوقش من أربعة وجوه:

الوجه الأول: ناقشه الشافعي وأبو عبيد[٢]، والبيهقي والنووي بأنه منقطع، لأن مجاهداً لم يدرك عبدالله بن مسعود ﷺ[٣].

الوجه الثاني: ناقشه الشافعي، والبيهقي، والنووي بأن الذي رواه ليس بحافظ، لأنه من رواية ليث[٤] بن أبي سليم، وقد

---

(١) رواه عبدالرزاق في كتاب الزكاة -باب صدقة مال اليتيم والالتماس فيه وإعطاء زكاته ٤/ ٦٩،٧٠، الأثر رقم ٦٩٩٧.
وابن أبي شيبة في كتاب الزكاة -من قال ليس في مال اليتيم زكاة حتى يباع ٣/ ١٥٠.
وأبو عبيد في كتابه الأموال -باب صدقة مال اليتيم، وما فيه من السنة والاختلاف ص ٤٥٧، الأثر رقم ١٣١٥.
والبيهقي في كتاب الزكاة -باب من تجب عليه الصدقة ٤/ ١٠٨.
وابن حزم في المحلى ٥/ ٢٠٨.

(٢) هو القاسم بن سلام الهروي، الخراساني، الأزدي، مشهور بكنيته أبي عبيد، من كبار العلماء بالحديث والفقه والأدب، ولي القضاء بطرسوس ثماني عشرة سنة، وصنف مصنفات كثيرة في عدة فنون منها: الأموال، وأدب القاضي، والإيمان ومعالمه وسننه واستكماله ودرجاته، مخطوط في الظاهرية بدمشق، توفي سنة ٢٢٤هـ.
(طبقات الشافعية للسبكي ١/ ٢٧٠-٢٧٤، تهذيب التهذيب ٧/ ٣١٥، الأعلام ٥/ ١٧٦).

(٣) الأم ٢/ ٣١، الأموال ص ٤٦٠، السنن الكبرى ٤/ ١٠٨، المجموع ٥/ ٣٢٩.

(٤) هو ليث بن أبي سليم بن زنيم القرشي، الكوفي، يكنى بأبي بكر، واختلف في اسم أبي سليم، فقيل: أيمن، وقيل: أنس، وقيل غير ذلك، ضعفه أبو حاتم، وابن معين، وابن سعد، والجوزجاني، وغيرهم، وقال ابن حجر: «صدوق اختلط أخيراً ولم يميز حديثه فترك»، توفي سنة ١٤٨هـ.
(طبقات ابن سعد ٦/ ٣٤٩، ميزان الاعتدال ٣/ ٤٢٠، تهذيب التهذيب ٨/ ٤٦٥-٤٦٨، تقريب التهذيب ٢/ ١٣٨).

ضعَّفه أهل العلم بالحديث[١].

الوجه الثالث: ناقشه أبوعبيد بأن مما يضعف هذا الأثر عن ابن مسعود ﷺ أن مجاهداً وهو الذي رواه عنه كان يفتي بخلافه، ومن ذلك:

-ما روي عنه أنه كان يقول: أد زكاة مال اليتيم[٢].

-ما روي عنه أنه كان يقول: كل مال لليتيم ينمى أو يضارب به فزكه[٣].

فلو صح قول عبدالله عند مجاهد ما أفتى بخلافه[٤].

الوجه الرابع: ناقشه أبو عبيد أيضاً بأنه على تقدير ثبوته عن ابن مسعود ﷺ فهو إلى قول من يوجب الزكاة أقرب، لأنه قد أمره أن يحصي مال اليتيم ويعلمه ذلك قبل البلوغ، ولولا الوجوب عنده ما كان للإحصاء والإعلام معنى[٥].

٢. ما روي عن عبد الله بن عباس -رضي الله عنهما- أنه قال: لا

---

(١) الأم ٢/ ٣١، السنن الكبرى ٤/ ١٠٨، المجموع ٥/ ٣٢٩.

(٢) رواه أبو عبيد في كتابه الأموال - باب صدقة مال اليتيم، وما فيه من السنة والاختلاف ص٤٦٠، الأثر رقم ١٣٢٩.

(٣) رواه أبو عبيد في الباب السابق، أثر رقم ١٣٣٠.

(٤) الأموال ص ٤٦٠-٤٦١.

(٥) الأموال ص ٤٦١.

يجب على مال الصغير زكاة حتى تجب عليه الصلاة[١].

وهذا الأثر واضح الدلالة.

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن حزم، والبيهقي بأن هذا الأثر ضعيف، لأنه قد تفرّدَ بإسناده ابن لهيعة[٢]، وهو ضعيف لا يحتج به[٣].

ومن المعقول:

١. أن الزكاة عبادة، والصغير، والمجنون، غير مخاطبين بها، قياسا على الصلاة[٤].

مناقشة هذا الدليل:

نوقش من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: ناقشه أبو عبيد بأنه قياس مع الفارق، فالزكاة تختلف عن الصلاة في أشياء كثيرة منها:

---

(١) رواه الدارقطني في كتاب الزكاة -باب استقراض الوصي من مال اليتيم ٢/ ١١٢، الأثر رقم ٦، وقال: «ابن لهيعة لا يحتج به».

(٢) هو عبد الله بن لهيعة -بفتح اللام وكسر الهاء- بن عقبة بن فرعان الحضرمي الفقيه، القاضي، يكنى بأبي عبدالرحمن، قال عنه ابن مهدي: لا أحمل عنه قليلاً ولا كثيراً، وقال الجوزجاني: لا يوقف على حديثه، والا ينبغي أن يحتج به، ولا يغتر بروايته، وقال الحاكم: لم يقصد الكذب وإنما حدث من حفظه بعد احتراق كتبه فأخطأ، وقال ابن حجر: «صدوق من السابعة، خلط بعد احتراق كتبه..»، توفي سنة ١٧٤هـ.
(ميزان الاعتدال ٢/ ٤٧٥-٤٨٣، تهذيب التهذيب ٥/ ٣٧٣-٣٧٩، تقريب التهذيب ١/ ٤٤٤).

(٣) المحلى ٥/ ٢٠٨، السنن الكبرى ٤/ ١٠٨.

(٤) بدائع الصنائع ٢/ ٥، اللباب ١/ ١٣٧.

أ. أن الزكاة تجزئ إخراجها قبل وجوبها في قول بعض العلماء، والصلاة لا تجزئ إلا بعد دخول الوقت.

ب. أن الزكاة تجب في أرض الصغير إذا كانت أرض عشر، في قول العلماء جميعا، وهو لا تجب عليه الصلاة.

ج. أن المكاتب تجب عليه الصلاة، ولا تجب عليه الزكاة، فالصلاة ساقطة عن الصبي، والصدقة في أرضه واجبة عليه، والزكاة ساقطة عن المكاتب، والصلاة فرض عليه.

د. أن الصلاة إنما هي حق يجب لله -عز وجل- على العباد فيما بينهم وبينه وأن الزكاة شيء جعله الله حقاً من حقوق الفقراء في أموال الأغنياء[1].

كما ناقشه ابن قدامة بأن الصلاة تخالف الزكاة، لأن الصلاة مختصة بالبدن، ونية الصبي ضعيفة عنها، والمجنون لا يتحقق منه نيتها، والزكاة حق يتعلق بالمال، فأشبه نفقة الأقارب والزوجات، وأروش الجنايات، وقيم المتلفات[2].

الوجه الثاني: ناقشه ابن حزم بأنه قد تسقط الزكاة عمن لا مال له

---

(١) الأموال ص ٤٥٩.

(٢) المغني ٢/ ٤٩٣،٤٩٤.

ولا تسقط عنه الصلاة، وإنما تجب الصلاة والزكاة على العاقل البالغ ذي المال الذي فيه الزكاة فإن سقط المال سقطت الزكاة، ولم تسقط الصلاة، وإن سقط العقل والبلوغ سقطت الصلاة ولم تسقط الزكاة، لأنه لا يسقط فرض أوجبه الله -تعالى- أو رسوله ﷺ إلا حيث أسقطه الله -تعالى- أو رسوله ﷺ، ولا يسقط فرض من أجل سقوط فرض آخر بمجرد الرأي[1].

الوجه الثالث: كما ناقشه ابن حزم أيضاً بأنه يلزمهم على قولهم بإسقاط الزكاة عن مال الصغير والمجنون لسقوط الصلاة عنهما إسقاطها بهذه العلة عن زرعهما وثمارهما حيث لا فرق، وليسقطون عنهما أيضاً زكاة الفطر بذلك[2].

٢.أن الزكاة عبادة، والصغير، والمجنون غير مخاطبين بها، قياساً على الصوم[3].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة بأن الصوم يخالف الزكاة، لأن الصوم مختص بالبدن، ونية الصبي ضعيفة عنها، والمجنون لا يتحقق منه نيتها، والزكاة حق يتعلق بالمال، فأشبه نفقة الأقارب والزوجات، وأروش الجنايات، وقيم المتلفات[4].

---

(١) المحلى ٥/ ٢٠٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) بدائع الصنائع ٢/ ٥، اللباب ١/ ١٣٧.

(٤) المغني ٢/ ٤٩٣، ٥٩٤.

٣. أن الزكاة عبادة، والصغير، والمجنون غير مخاطبين بها، قياساً على الحج[١].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه النووي نقلاً عن أصحابه بأن الحج يخالف الزكاة، فالمال فيه ليس ركناً وإنما يتطرق إليه المال توصلاً، بخلاف الزكاة، فلا يصح القياس[٢].

٤. أن إيجاب الزكاة للفعل، وإيجاب الفعل عنه تكليف ما ليس في الوسع، ولا سبيل إلى الإيجاب على الولي ليؤدي من مال الصبي، لأن الولي منهي عن قربان مال اليتيم إلا على وجه الأحسن بنص الكتاب، قال الله سبحانه وتعالى:﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾[٣] الآية، وأداء الزكاة من ماله قربان له لا على وجه الأحسن[٤].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأنه لا سبيل إلى إيجاب تأدية الولي الزكاة عن مال المولى عليه، بل يجب عليه ذلك، وليس ذلك من قربان ماله لا على وجه الأحسن، لأن الزكاة واجبة في ماله لما سبق من الأدلة، وأداء

---

(١) بدائع الصنائع ٢/ ٥.
(٢) المجموع ٥/ ٣٣٠.
(٣) سورة الأنعام الآية: ١٥٢، وسورة الإسراء الآية: ٣٤.
(٤) بدائع الصنائع ٢/ ٥.

الحقوق الواجبة في مال المولى عليه واجب، ويعد من قربان مال اليتيم بالتي هي أحسن، كإخراج النفقات الواجبة فيه، وأروش الجنايات، وقيم المتلفات، ونحو ذلك.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بوجوب الزكاة في مال الصغير والمجنون؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن في ذلك احتياطاً، وإبراء للذمة.

وبناء على هذا الخلاف في المسألة اختلفوا في إخراج الوصي والقاضي الزكاة من مال الصغير والمجنون، فالذين قالوا بوجوب الزكاة في مالهما، وهم أصحاب القول الأول قالوا بوجوب إخراجها على الوصي والقاضي، والذين قالوا بعدم وجوبها، وهم أصحاب القول الثاني قالوا بعدم إخراجها عنهما.

ولما كان الراجح كما سبق وجوب الزكاة في مال الصغير والمجنون، فالراجح وجوب إخراجها على الوصي والقاضي، وذلك لما يلي:

١. أنها زكاة واجبة، فوجب إخراجها، كزكاة البالغ العاقل والوصي، أو القاضي يقوم مقامه في أداء ما عليه[١].

٢. أن الزكاة حق واجب على الصغير والمجنون، فكان على الوصي، أو القاضي أداؤها عنهما، كنفقة أقاربه، وسائر الواجبات المالية[٢].

---

(١) المغني ٢/ ٤٩٤، القواعد لابن رجب ص ٢٢١،٢٢٢.

(٢) المرجعان السابقان.

المطلب الثاني: إخراج الوصي والقاضي زكاة الفطر عن الصغير والمجنون

إذا كان للصغير أو المجنون مال فوجبت عليه زكاة الفطر فهل يملك وصيه، أو القاضي إخراجها من ماله، أي مال الصغير أو المجنون، أو لا يملك ذلك؟

القول الأول: أن زكاة الفطر تجب على الصغير والمجنون، ويملك الوصي، أو القاضي إخراجها من من ماله إن كان له مال.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة، وصاحبه أبو يوسف[(١)]، والمالكية[(٢)]، والشافعية[(٣)]، والحنابلة[(٤)] وابن حزم[(٥)].

القول الثاني: أن زكاة الفطر لا تجب على الصغير والمجنون، فلا يخرجها عنه الوصي ولا القاضي لا من مالهما ولا من ماله.

وبهذا قال محمّد بن الحسن، وزفر من الحنفية[(٦)].

---

(١) بدائع الصنائع ٢/ ٦٩-٧٠، الهداية ١/ ١١٥، مجمع الضمانات ص ٣٩٧، جامع الفصولين ٢/ ٢٣.

(٢) المدونة ٤/ ٣٥٧، الإشراف ١/ ١٨٦، الكافي لابن عبد البر ١/ ٤١٨، ٨٣٤، القوانين الفقهية ص ١١٧.

(٣) المجموع ٦/ ١٢٠.

(٤) المغني ٢/ ٦٤٦، غاية المنتهى ٢/ ١٣٨، شرح منتهى الإدارات للفتوحي جـ١/ ل ٢٢١/ ب، كشاف القناع ٣/ ٤٤٨.

(٥) المحلى ٦/ ١٣٨-١٣٩.

(٦) بدائع الصنائع ٢/ ٦٩-٧٠، الهداية ١/ ١١٥.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من السنة، والمعقول:

أولاً: من السنة:

ما رواه عبدالله بن عمر -رضي الله عنهما- قال: فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر صاعاً من تمر، أو صاعا من شعير على العبد الحر، والذكر والأنثى، والصغير والكبير من المسلمين، وأمر بها أن تؤدى قبل خروج الناس إلى الصلاة[1].

وجه الاستدلال:

قال ابن قدامة: «وعموم قوله: فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر على

---

(١) رواه البخاري في كتاب الزكاة - باب فرض صدقة الفطر، بهذا اللفظ، وفي باب صدقة الفطر على العبد وغيره من المسلمين ٢/ ١٣٨، وباب صدقة الفطر عن الحر والمملوك، وباب صدقة الفطر عن الصغير والكبير ٢/ ١٣٩-١٤٠. ومسلم في كتاب الزكاة - باب زكاة الفطر على المسلمين ٢/ ٦٧٧-٦٧٨، الأحاديث ١٢-١٦.
وأبو داود في كتاب الزكاة - باب كم يؤدي في صدقة الفطر؟ ٢/ ١١٢، الأحاديث ١٦١١-١٦١٣.
والترمذي في أبواب الزكاة - باب ماجاء في صدقة الفطر ٢/ ٩٢، الحديثان ٦٧٠-٦٧١.
والنسائي في كتاب الزكاة - باب في زكاة رمضان ٥/ ٤٦-٤٧، الحديث رقم ٢٥٠٠، وفي باب فرض زكاة رمضان على المملوك ٥/ ٤٧، الحديث رقم ٢٥٠١، وفي باب فرض زكاة رمضان على الصغير ٥/ ٤٨، الحديث رقم ٢٥٠٢، وفي باب فرض زكاة رمضان على المسلميت دون المعاهدين ٥/ ٤٨، الحديثان ٢٥٠٣، ٢٥٠٤، وفي باب كم فرض. ٥/ ٤٩، الحديث رقم ٢٥٠٥.
وابن ماجه في كتاب الزكاة - باب صدقة الفطر ١/ ٥٨٤، الحديثان ١٨٢٥، ١٨٢٦.
والإمام مالك في الموطأ في كتاب الزكاة - باب ملكية الفطر ١/ ٢٨٤، الحديث رقم ٥٢.
وأحمد ٢/ ٥٥، ٦٣،٦٦،١١٤،١٣٧.

كل حر وعبد، الذكر والانثى، والصغير والكبير من المسلمين، يقتضي وجوبها على اليتيم»[١] أي في ماله.

ثانياً: من المعقول:

١. أن زكاة الفطر ليست بعبادة محضة بل فيها معنى المؤنة، فتجب في مال الصغير والمجنون، أشبهت العشر[٢].

٢. أن كل من كان نفقته في ماله كانت فطرته فيه، كالولد الكبير[٣].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن زكاة الفطر عبادة، والعبادات لا تجب على الصبيان والمجانين كالصوم، والصلاة، والزكاة[٤].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنها وإن كانت عبادة إلا أنها ليست عبادة محضة، كما تقدم في أدلة أصحاب القول الأول، فتجب على الصغير والمجنون.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بوجوب زكاة الفطر على الصغير والمجنون، وأن

---

(١) المغني ٢/ ٦٤٦.
(٢) بدائع الصنائع ٢/ ٧٠.
(٣) الإشراف ١/ ١٨٦.
(٤) بدائع الصنائع ٢/ ٧٠.

الوصي أو القاضي يملك إخراجها من ماله إن كان له مال؛ لقوة ما استدلوا به وخاصة حديث ابن عمر -رضي الله عنهما-، ولأن ذلك أحوط، وأبرأ للذمة.

المبحث الثاني
تضحية الوصي أو القاضي عن الصغير أو المجنون

إذا كان للصغير أو المجنون مال فهل يملك الوصي أو القاضي التضحية عنه من هذا المال، أولا يملك ذلك؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الموصي أو القاضي يملك التضحية عن الصغير أو المجنون من ماله إذا كان موسرا.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة، وصاحبه أبو يوسف[(١)]، والمالكية[(٢)].

وهو رواية عن الإمام أحمد، وهو الصحيح من المذهب عند أصحابه[(٣)].

القول الثاني: أن الوصي أو القاضي لا يملك التضحية عن الصغير أو المجنون مطلقاً.

وبهذا قال محمّد بن الحسن من الحنفية[(٤)]، والشافعية[(٥)].

---

(١) مجمع الضمانات ص ٣٩٧،٣٩٨.

(٢) الكافي لابن عبد البر ٢/ ٨٣٤، القوانين الفقهية ص١٩١.

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢٣، المحرر ١/ ٣٤٧، الفروع ٤/ ٣٢١، المبدع، ٤/ ٣٤٠، الإنصاف ٥/ ٣٣٠، التوضيح ص١٩٣.

(٤) مجمع الضمانات ص٣٩٧.

(٥) المجموع ٨/ ٤٢٥.

وهو رواية عن الإمام أحمد(١).

القول الثالث: أنه يجب على الوصي أو القاضي التضحية عن الصغير أو المجنون إذا كان موسراً.

وبهذا قال الإمام أحمد في رواية عنه(٢).

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن التضحية تكون في عيد الأضحى، وهو يوم عيد وفرح، ففي التضحية عن الصغير أو المجنون جبر لقلبه، وإلحاق له بمن له أب، كالثياب الحسنة لاسيما مع استحباب التوسعة في هذا اليوم، وجري العادة، بدليل ما رواه نُبَيْشَة(٣) الهذلي ﷺ قال قال رسول الله ﷺ : «أيام التشريق أيام أكل وشرب وذكر لله»(٤).

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢٣، المبدع ٤/ ٣٤٠، الإنصاف ٥/ ٣٣٠، وحمل بعضهم كلام الإمام أحمد في هذه الرواية والرواية الأولى على حالتين:
حمل رواية المنع على ما إذا كان الصغير والمجنون لايعقل التضحية، ولايفرح بها، ولاينكسر قلبه بتركها، لعدم الفائدة منها، ورواية الجواز على ما إذا كان الصغير أو المجنون يعقلها، وينجبر قلبه بها، وينكسر بتركها، لحصول الفائدة منها.

(٢) الفروع ٤/ ٣٢١، والمبدع ٤/ ٣٤٠.

(٣) هو نُبَيْشَة بن عمرو بن عوف، وقيل: ابن عبدالله بن عمرو بن عوف الهذلي وقيل في نسبه غير ذلك، وقد سمّاه النبي ﷺ نبيشة الخير، ويكنى بأبي طريف، روى عدة أحاديث، وسكن البصرة.
(طبقات ابن سعد ٧/ ٥٠-٥١، أسد الغابة ٥/ ١٣-١٤، الإصابة ٦/ ٢٣١).

(٤) رواه مسلم في كتاب الصيام باب تحريم صوم أيام التشريق ٢/ ٨٠٠، الحديث رقم ١٤٤.
والبيهقي في كتاب الصيام باب الأيام التي نُهي عن صومها ٤/ ٢٩٧، وأحمد ٥/ ٧٥، ٧٦.

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الأضحية تبرع، والوصي أو القاضي مأمور بالاحتياط لمال الصغير أو المجنون، وممنوع من التبرع، فلا يملكها، كالهدية[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأنها تبرع، بل هي من التوسعة على الصغير أو المجنون في النفقة، والتوسعة في هذا اليوم مطلوبة كما تقدم في أدلة أصحاب القول الأول، فيملكها الوصي أو القاضي.

دليل القول الثالث:

الظاهر من كلام الإمام أحمد أنه يستدل بالقياس على الزكاة، حيث قال ابن مفلح: «عن أحمد: يجب، لقوله: للوصي التضحية عن اليتيم من ماله، فدل أنها كزكاة»[2].

ولعل قوله هذا مبنى على القول بوجوب الأضحية على الموسر، فهو رواية عن الإمام أحمد[3].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بوجوب الأضحية، بل الأرجح وهو قول جمهور الفقهاء[4] أنها سنة مؤكدة لا واجبة، فلا يصح قياسها على الزكاة.

---

(١) المجموع ٥/ ٤٢٥، الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢٤، المبدع ٤/ ٣٤٠.

(٢) المبدع ٤/ ٣٤٠.

(٣) الإنصاف ٤/ ١٠٥.

(٤) نظر: بدائع الصنائع ٥/ ٦٢، اللباب ٣/ ٢٣٢، بداية المجتهد ١/ ٤٢٩، القوانين الفقهية ص ١٩١، المهذب ١/ ٢٤٤، التنقيح المشبع ص ١٥٤، الإقناع للحجاوي ١/ ٤٠٨.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانـه في هـذه المسـألة -والله أعلـم بـالصواب- هـو القول الأول القائل بملكية الوصي أو القاضي للتضحية عن الصغـير أو المجنون من ماله إذا كان موسراً؛ لقوة ما استدلوا بـه، ولما في ذلـك مـن المصلحة الظاهرة له.

المبحث الثالث

بيع الوصي أو القاضي لمال الصغير أو المجنون، وشراؤه له

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: بيع الوصي أو القاضي مال الصغير أو المجنون نسيئة.

المطلب الثاني: بيع الوصي أو القاضي مال الصغير أو المجنون وشراؤه له بغبن فاحش.

المطلب الثالث: بيع الوصي أو القاضي مال الصغير أو المجنون بالعَرْض.

المطلب الرابع: بيع الوصي أو القاضي ماله على الصغير أو المجنون، وشراؤه من ماله.

المطلب الخامس: بيع الوصي أو القاضي لعقار الصغير أو المجنون.

المطلب السادس: شراء الوصي أو القاضي العقار للصغير أو المجنون.

المطلب السابع: شراء الوصي أو القاضي اللّعب للصغير.

المطلب الأول: بيع الوصي أو القاضي لمال الصغير أو المجنون نسيئة

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة أنهم متفقون على ملكية الوصي أو القاضي لبيع مال الصغير والمجنون نقدا، حيث قالوا بملكيته للتجارة بمالهما[١]، ومن لازمها البيع نقداً.

ولكنهم اختلفوا في ملكيته للبيع نسيئة، وذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الوصي أو القاضي لا يملك نسيئة إلا إذا كان فيه غبطة ومصلحة له.

وهذا هو الظاهر من قول المالكية، حيث قال القرافي: «واعلم أن كل من ولي الخلافة فما دونها إلى الوصية لا يحل له أن يتصرف إلا بجلب مصلحة أو درء مفسدة..»[٢].

وبه قال الشافعية[٣]، والإمام أحمد في الرواية المشهورة عنه، وهو الصحيح من المذهب عند أصحابه[٤].

القول الثاني: أن الوصي أو القاضي يملك البيع نسيئة إذا لم يخف

---

(١) المبسوط ٢٨/٢٨، آداب الأوصياء ٢/١١٩، ٢٣٢، الموطأ ١/٢٥١، الكافي لابن عبد البر ٢/٨٣٣، مختصر المزني مع الأم ٨/١٨٧، المهذب ١/٣٣٥، الكافي لابن قدامة ٢/١٨٩، المحرر ١/٣٤٧.

(٢) الفروق ٤/٣٩، ونحو ذلك قال الخشني في أصول الفتيا ص ٤٠٩، وابن جزي في القوانين ص ٣٢٧ عن الوصي.

(٣) المهذب ١/٣٣٦، روضة الطالبين ٤/١٨٨، مغني المحتاج ٢/١٧٥، حاشية الجمل ٣/٣٤٨، حاشية قليوبي ٢/٣٠٥.

(٤) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/٥٢١، الفروع ٤/٣١٩، المبدع ٤/٣٣٩، الإنصاف ٥/٣٢٨، التوضيح ص ١٩٣، غاية المنتهى ٢/١٣٨.

جحوداً أو إنكاراً، ولم يكن الأجل بعيداً بحيث لا يباع هذا المال به، وإلا لم يملكه.

وبهذا قال الحنفية(١).

القول الثالث: أن الوصي أو القاضي لايملك البيع نسيئة مطلقاً.

وبهذا قال الإمام أحمد في رواية عنه(٢).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من الكتاب، والمعقول:

أولاً: من الكتاب:

١. قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ..﴾(٣) الآية.

٢. وقال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ..﴾(٤) الآية.

وجه الاستدلال بهاتين الآيتين:

---

(١) الفتاوى الهندية ٣/ ١٧٦ـ الفتاوى البزازية ٥/ ٢٢١، آداب الأوصياء ٢/ ١٤٤، معين الحكام ص ٤٢١، حاشية المختار ٦/ ٧٠٨.

(٢) الإنصاف ٥/ ٣٢٨.

(٣) سورة البقرة: الآية: ٢٢٠.

(٤) سورة الأنعام الآية: ١٥٢، والإسراء الآية: ٣٤.

يمكن توجيه الاستدلال بهما بأن الله -سبحانه وتعالى- أمر بالإصلاح في مال اليتيم، ونهى عن قربانه إلا بالتي هي أحسن، وبيعه نسيئة إذا كان في مصلحة له، يعد إصلاحاً له وقربانا بالتي هي أحسن، فيملكه الوصي أو القاضي، وإلا فلا.

ويقاس عليه المجنون.

ثانياً: من المعقول:

أن البيع نسيئة قد يكون أكثر ثمناً وأنفع؛ لأن الأجل يأخذ قسطاً من الثمن، فيملكه الوصي أو القاضي[(١)].

دليل القول الثاني:

يمكن الاستدلال بما يلي:

أن الوصي أو القاضي يملك الاتجار بمال الصغير والمجنون، والبيع نسيئة من عادة التجار وعملهم، فيملكه إذا لم يخف ضرراً من جحود ونحوه، ولم يكن الأجل بعيداً بحيث لا يباع به.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الوصي أو القاضي وإن كان يملك الاتجار إلا أن اتجاره مقيد بمصلحة الصغير والمجنون لما سبق في الآيتين الكريمتين اللتين استدل بهما أصحاب القول الأول، فما كان مصلحتهما ملكه، وإلا فلا.

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢١، المبدع ٤/ ٣٣٩.

دليل القول الثالث:

يمكن الاستدلال له بما سبق الاستدلال به للقول الثاني، وقد سبقت مناقشته.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الوصي أو القاضي لبيع مال الصغير والمجنون نسيئة إلا إذا كان فيه غبطة ومصلحة لهما؛ لقوة ما استدلوا به، ولما فيه من مراعاة لمصلحة الصغير والمجنون والحافظ على ماليهما من الضياع.

المطلب الثاني: بيع الوصي أو القاضي مال الصغير أو المجنون وشراؤه له بغبن فاحش

يملك الوصي والقاضي بيع مال الصغير أو المجنون، والشراء له إذا كان ذلك بغبن يسير؛ لأن اليسير لا يمكن التحرز عنه، ويكثر وقوعه، ففي اعتباره تعطيل لمصالحه[1].

أما إذا كان الغبن فاحشاً فالظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على عدم ملكية الوصي والقاضي لبيع مال الصغير أو المجنون به، والشراء له به.

فقد قال بذلك الحنفية[2].

(١) تبيين الحقائق ٦/ ٢١١، الهداية ٤/ ٢٦٤، مجمع الأنهر ٢/ ٧٢٤.

(٢) المراجع السابقة، وكشف الحقائق ٢/ ٣٢٧،آداب الأوصياء ٢/ ١١٩، أحكام الصغار ١/ ١٩٠.

وهو الظاهر من قول المالكية، والشافعية حيث إن القاعدة عندهم أن الوصي أو القاضي لا يملك من التصرفات في مال الصغير أو المجنون إلا ما كان فيه حظ ومصلحة له[١].

وبه قال الحنابلة[٢].

الأدلة:

استدلوا بأدلةٍ من الكتاب، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من الكتاب:

١. قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ..﴾[٣] الآية.

٢. وقال -سبحانه وتعالى-: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ..﴾[٤] الآية.

وجه الاستدلال بهاتين الآيتين الكريمتين:

ويمكن توجيه الاستدلال بهما بأن الله -سبحانه وتعالى- أمر بالإصلاح لليتامى، ونهى عن قربان أموالهم إلا بالتي هي أحسن، وبيع أموالهم بغبن فاحش والشراء لهم به، ليس إصلاحاً في أموالهم، ولا

---

(١) أصول الفتيا ص ٤٠٩، الفروق ٤/ ٣٩، المهذب ١/ ٣٣٥، روضة الطالبين ٤/ ١٨٧.

(٢) المبدع ٤/ ٣٦٩، ٣٧٠.

(٣) سورة البقرة الآية: ٢٢٠.

(٤) سورة الأنعام الآية: ١٥٢، والإسراء الآية: ٣٤.

قرباناً لها بالتي هي أحسن، فلا يملكها الوصي أو القاضي.

ويقاس عليه المجنون.

ثانياً: من المعقول:

أن الولاية على الصغير المجنون نظرية، ولا نظر في الغبن الفاحش، فلا يملك الوصي والقاضي البيع والشراء به[١].

المطلب الثالث: بيع الوصي أو القاضي لمال الصغير أو المجنون بالعَرْض

إذا كان مال الصغير أو المجنون عرضاً فهل يملك بيعه بعرض آخر، كأن يكون داراً فيبيعه بمزرعة، أو العكس، أو سيارة فيبيعه بسيارة أخرى، أو نحو ذلك، أو لا يملكه؟

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على عدم ملكية الوصي أو القاضي لذلك إلا إذا كان فيه حظ ومصلحة للصغير أو المجنون.

فهو الظاهر من قول الحنفية، والمالكية حيث قالوا بأن الوصي أو القاضي لا يملك من التصرفات في مال الصغير والمجنون إلا ما كان فيه حظ ومصلحة لهما[٢]، فيدخل في ذلك البيع بالعرض.

وبه قال الشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

---

(١) الهداية ٤/ ٢٦٤، تبيين الحقائق ٦/ ٢١١، حاشية الطحطاوي ٤/ ٣٤٩.

(٢) بدائع الصنائع ٥/ ١٥٣، اصول الفتيا ص ٤٠٩، الفروق ٤/ ٣٩.

(٣) روضة الطالبين ٤/ ١٨٨، مغني المحتاج ٢/ ١٧٥، أسنى المطالب ٢/ ٢١٢، فتح الوهاب ١/ ٢٠٨.

(٤) غاية المنتهى ٢/ ١٣٨.

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

١. قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ..﴾[1] الآية.

٢. وقال -سبحانه وتعالى-: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ..﴾[2] الآية.

وجه الاستدلال بهاتين الآيتين الكريمتين:

يمكن توجيه الاستدلال بهما بأن الله -سبحانه وتعالى- أمر بالإصلاح في مال اليتيم، ونهى عن قربانه بغير التي هي أحسن، فيدخل في ذلك بيع مال بالعرض، فلا يملكه القاضي إلا إذا كان فيه حظ ومصلحة له.

ويقاس عليه المجنون.

المطلب الرابع: بيع الوصي أو القاضي ماله على الصغير أو المجنون وشراؤه من ماله

إذا كان عند الوصي أو القاضي سلعة يريد بيعها، وهو في الوقت ذاته يريد شراء هذه السلعة للصغير أو المجنون، أو العكس وذلك بأن

---

(١) سورة البقرة الآية: ٢٢٠.

(٢) سورة الأنعام الآية: ١٥٢، والإسراء الآية: ٣٤.

كان عند الصغير أو المجنون سلعة يريد أي الوصي أو القاضي بيعها، وهو في الوقت ذاته يرغب في شراء مثلها، فهل يملك البيع عليهما، والشراء منهما، أو لا يملك ذلك؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الوصي لا يملك البيع على الصغير أو المجنون ولا الشراء منهما مطلقاً.

وبهذا قال أبو يوسف في رواية عنه، ومحمد بن الحسن من الحنفية[١]، وبه قال الشافعية[٢].

وهو رواية عن الإمام أحمد، وبها أخذ أصحابه، وهو المذهب عندهم[٣].

القول الثاني: أن الوصي أو القاضي يملك البيع على الصغير أو المجنون والشراء منهما بشرط عدم المحاباة.

وبهذا قال المالكية[٤].

---

(١) المبسوط ٢٨/ ٣٣، فتاوى قاضيخان ٥/ ٦٠٧، مجمع الضمانات ص ٣٩٩، ٤١٠، تبيين الحقائق ٦/ ٢١١-٢١٢، آداب الأوصياء ٢/ ١٣١-١٣٢، أحكام الصغار ١/ ١٩٣-١٩٤.

(٢) مختصر المزني مع الأم ٨/ ٢١٠، حلية العلماء ٦/ ١٥٠، المهذب ١/ ٣٣٧، روضة الطالبين ٤/ ١٨٨-١٨٩، أسنى المطالب ٢/ ٢١٢.

(٣) مسائل الإمام أحمد لابنه صالح ١/ ٢٤٦، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٣٩٨، المغني ٥/ ٢٣٧، ٢٤٢، العدة ص ٣٠٣، المبدع ٤/ ٣٣٧، الإنصاف ٥/ ٣٢٥.

(٤) الإشراف ٣/ ٢٧، بداية المجتهد ٢/ ٣٠٣، الكافي لابن عبد البر ٢/ ١٠٣٣، القوانين الفقهية ص٣٢٦، مواهب الجليل ٥/ ٧١.

وهو مقتضى الرواية الثانية عن الإمام أحمد، حيث قال بعدم ملكية الوصي أو القاضي لذلك إلا بشرطين:

الأول: أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء.

الثاني: أن يتولى النداء غيره[1].

القول الثالث: أن وصي الأب يملك بيع ماله على الصغير أو المجنون إذا كان بأقل من ثمن المثل، وكذلك الشراء منهما إذا كان بأكثر من ثمن المثل، ولا يملك ذلك القاضي ولا وصية مطلقاً.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة، وأبو يوسف في رواية عنه، وقد رجع إليها بعد قوله بالرواية الأولى[2].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية الوصي للبيع بأدلةٍ من السنة والآثار، والمعقول، وهي كما يلي:

من السنة:

ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يشتري الوصي من مال اليتيم»[3].

---

(١) المسائل الفقية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٣٩٨، المغني ٥/ ٢٣٧، القواعد لابن رجب ص ١٢٧، المبدع ٤/ ٣٣٧، الإنصاف ٥/ ٣٢٥.

(٢) المبسوط ٢٨/ ٣٣، مجمع الضمانات ص ٣٩٩، ٤٠٧، جامع الفصولين ٢/ ٢٠، تبيين الحقائق ٦/ ٢١١-٢١٢، آداب الأوصياء ٢/ ١٣١-١٣٢، الفتاوى الهندية ٣/ ١٧٥-١٧٦.

(٣) هذا الحديث استدل به الشيرازي في المهذب ١/ ٣٣٧، وابن مفلح في المبدع ٤/ ٣٣٧، ولم أعثر عليه فيما بين يدي من كتب السنة، وقد ذكره ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ٤٣، وقال: «ولم أجده».

وهذا الحديث واضح الدلالة، لكن صحته تتوقف على صحة سنده، ولم أطلع على سندٍ له.

ومن الآثار:

ما رواه صِلَة بن زُفَر قال: شهدت عبدالله يعني ابن مسعود وأتاه رجل من همدان على فرس أَبْلَق[1] فقال: إن رجلاً أوصى إليّ وترك يتيماً، أفأشتري هذا الفرس أو فرساً آخر من ماله؟ فقال عبد الله: لا تشتري شيئاً من ماله[2].

وهذا الأثر واضح الدلالة.

ومن المعقول:

١. أن الواحد لا يتولى طرفي العقد من الجانين في البيع والشراء، كالوكيل؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد مما يؤدي إلى تضاد الأحكام؛ لأنه يكون مستزيداً مستنقصاً، مسلماً متسلماً، طالباً مطالباً[3].

---

(١) قال الفيروزآبادي: البلق محركة سواد وبياض، كالبلقة بالضم، ارتفاع التحجيل إلى الفخذين. (القاموس المحيط، مادة «بلق» ٣/ ٢٢٢)

(٢) رواه عبدالرزاق في كتاب الوصايا - باب الرجل يشتري ويبيع في مرضه، وما على الموصي... ٩/ ٩٣، الأثر رقم ١٦٤٧٩.

والبيهقي في كتاب الوصايا - باب مايجوز للوصي أن يصنعه في أموال اليتامى ٦/ ٢٨٥، واللفظ له.

(٣) المبسوط ٢٨/ ٣٣، البحر الرائق ٨/ ١٠٧.

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه عبدالرحمن[١] بن قدامة بعدم التسليم بما ذكروه من تعلق حقوق العقد بالعاقد[٢].

٢. أن الوصي متهم، فلا يملك البيع على الصغير أو المجنون، ولا الشراء منهما كالوكيل، بل التهمة فيه آكد من الوكيل، لأن الوكيل يتهم في ترك الاستقصاء في الثمن فقط، أما الوصي فيتهم في ذلك وفي أنه يشتري من مال اليتيم ما لاحظ لليتيم في بيعه، فكان أولى بالمنع[٣].

٣. أن الوصي يستقصي لنفسه، وقد أخذ عليه أن يستقصي للموصى عليه، فيؤدي بيعه عليه والشراء منه إلى تضاد الغرضين، والتهمة تلحق في ذلك، فلا يملكه[٤].

ثانيا: واستدلوا على عدم ملكية القاضي لذلك بما يلي :

أن ولاية القاضي إنما تعتبر في حق ما بين الناس، فأما فيما بينه وبين

(١) هو عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي يكنى بابي محمد، ولد سنة ٥٩٧هـ سمع من أبيه، وعمه موفق الدين، وغيرهما، ولي قضاء الحنابلة بالشام مدة تزيد على اثنتي عشرة سنة على كره منه، وممن أخذ عنه شيخ الإسلام ابن تيمية، والنووي، وله مصنفات منها، شرح المقنع، وتسهيل المطلب في تحصيل المذهب، وتوفي سنة ٦٨٢هـ.
(الذيل على طبقات الحنابلة ٢/ ٣٠٤-٣١٠، المقصد الأرشد ٢/ ١٠٧-١٠٩، مختصر طبقات الحنابلة ص ٥٨).

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥١٩.

(٣) المغني ٥/ ٢٣٨.

(٤) المهذب ١/ ٣٣٧، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٣٩٩، المغني ٥/ ٢٣٨، القواعد لابن رجب ص ١٢٧.

الناس فهو كغيره إذ التهمة موجودة فيه، فلا يملك البيع على الصغير أو المجنون، ولا الشراء منهما[١].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن تصرف الوصي في بيع ماله على الموصى عليه كان بولاية، فيصح، أشبه الأب والجد[٢].

٢. أن الوصي لما أقامه الأب مقامه ملك البيع من نفسه والشراء منها، كالأب[٣].

مناقشة هذين الدليلين:

يمكن مناقشتهما بأن مقتضاهما قياس الوصي على الأب، وهو قياس مع الفارق؛ لأن من طبع الأب الشفقة على ابنه، والميل إليه، وترك حظ نفسه لحظه، بخلاف الوصي، فلا يصح القياس.

٣. أن الغرض من البيع حصول الثمن لا أعيان المشترين، بدليل أن الوكيل إذا اشترى لموكله ولم يسمه جاز، فإذا ثبت ذلك فمتى حصل المثمن أو الثمن مستوفى يجب أن يصح البيع أو الشراء كما لو حصل من أجنبي[٤].

---

(١) أحكام الصغار ١/ ١٩٤.

(٢) الإشراف ٢/ ٢٧.

(٣) المرجع السابق، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٣٩٩.

(٤) أحكام الصغار ١/ ١٩٤.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن الوكيل إذا اشترى لموكله ولم يسمه جاز؛ لأن الأرجح أن حقوق العقد تتعلق به -أي بالموكل- فلا بدّ من ذكر اسمه، فتكون معرفة عين المشتري مقصودة في العقد.

وأما قولهم بأنه إذا حصل المثمن أو الثمن مستوفى فيجب أن يصح البيع أو الشراء كما لو حصل من أجنبي فلا يسلّم به؛ لأن التهمة تلحق في الوصي أو القاضي و لا تلحق في الأجنبي.

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على ملكية وصي الأب لبيع ماله على الصغير أو المجنون إذا كان بأقل من ثمن المثل، وشرائه منهما إذا كان بأكثر من ثمن المثل بما يلي:

أن الأب عند ايصائه على ابنه يختار من هو أشفق الناس عليه، فينزل الوصي منزلة الأب، ولا نزاع في ملكيته لشراء مال ولده ولا في ملكية بيعه ما نفسه من ولده، فيملك ذلك الوصي القائم مقامه[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن شفقة الوصي مهما بلغت لا يمكن أن تبلغ مرتبة شفقة الأب على ابنه؛ لأن شفقته عليه أمر فطري جعله الله -سبحانه-

---

(١) آداب الأوصياء ٢/ ١٣٢-١٣٣.

عند الأب، حتى أنه يصل به إلى أن يؤثره على نفسه بما هو في حاجة إليه كالطعام والشراب، وهذه الشفقة يبعد أن توجد عند الوصي.

ثانياً: واستدلوا على عدم ملكية القاضي أو وصيه لذلك بالدليل الأول من أدلة أصحاب القول الأول العقلية.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الوصي أو القاضي بيع ماله على الصغير أو المجنون وعدم ملكيتها للشراء من مالهما مطلقاً؛ لقوة ما استدلوا به، وإبعاد للوصي والقاضي عن مواطن التهم.

المطلب الخامس: بيع الوصي أو القاضي لعقار الصغير أو المجنون

إذا كان مال الصغير أو المجنون عقارا كمزارع، أو بيوت، أو محلات فهل يملك وصيه أو القاضي بيع ذلك العقار، أو لا يملكه؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الوصي أو القاضي يملك بيع عقار الصغير أو المجنون إذا كان فيه مصلحة له مطلقاً.

وهذا هو الظاهر من قول المتقدمين من الحنفية[1]، وبه قال المالكية[2].

---

(١) المبسوط ٢٨/ ٣٤، مجمع الضمانات ص ٤٠٧-٤٠٨، جامع الفصولين ٢/ ١١٩، أحكام الصغار ١/ ١٨٩-١٩٠.

(٢) المدونة ٦/ ٢٠، الكافي لابن عبد البر ٢/ ١٠٣٣، القوانين الفقهية ص ٣٢٧، الشرح الصغير ٢/ ١٤٢، شرح منح الجليل ٣/ ١٧٨، ١٧٩، ١٨١.

وبه قال بعض المتأخرين من الشافعية[١]، وهو المنصوص عن الإمام أحمد، وبه أخذ بعض أصحابه، وهو المذهب عندهم[٢].

وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية حيث قال: «بيع العقار ليس للوصي أن يفعله إلا لحاجة أو مصلحة راجحة بينة»[٣].

القول الثاني: أن الوصي أو القاضي لا يملك بيع عقار الصغير أو المجنون إلا في حالتين:

الأولى: أن يكون الصغير أو المجنون محتاجاً إلى بيعها، كأن يكون بحاجة إلى نفقة، أو كسوة، أو قضاء دين، أو نحو ذلك، بألاّ يكون له ما تندفع به حاجته غيرها.

الثانية: أن يكون في بيعه غبطة، وهي أن يبذل زيادة كثيرة على ثمن مثله.

وبهذا قال المتأخرون من الحنفية[٤]، وأكثر الشافعية[٥].

وبه قال بعض الحنابلة[٦].

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ١٧٥.

(٢) الشرح الكبير ٤/ ٥٢٥، الكافي لابن قدامة ٢/ ١٩٠، المبدع ٤/ ٣٤١، الإنصاف ٥/ ٣٣٢.

(٣) مجموع الفتاوى ٣١/ ٢٣١.

(٤) مجمع الضمانات ص ٤٠٧، مجمع الأنهر ٢/ ٧٢٥، البحر الرائق ٨/ ٤٦٧.

(٥) مختصر المزني مع الأم ٨/ ١٨٧، المهذب ١/ ٣٣٦، روضة الطالبين ٤/ ١٨٧، مغني المحتاج ٢/ ١٧٥، أسنى المطالب ٢/ ٢١١، تحفة المحتاج ٥/ ١١٨١-١٨٢.

(٦) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢٤-٥٢٥، الفروع ٤/ ٣١٩، المبدع ٤/ ٣٤١، الإنصاف ٥/ ٣٣١-٣٣٢، التوضيح ص ١٩٣.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

لم اطلع على دليلٍ لهم، ولكن يمكن الاستدلال لهم بما يلي:

١. قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ..﴾[1] الآية.

٢. وقال -سبحانه وتعالى-: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ..﴾[2] الآية.

وجه الاستدلال بهاتين الآيتين:

يمكن توجيه الاستدلال بهما بأن الله -سبحانه وتعالى- أمر بالإصلاح لليتامى، ونهى عن قربان أموالهم إلا بالتي هي أحسن، وهذا يعم جميع أنواع أموالهم من عقار وغيره، وجميع الأحوال التي يكون فيها مصلحة لهم، ولا ينحصر في حالات معينة.

ويقاس عليه المجنون.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية الوصي أو القاضي لبيع عقار الصغير

---

(١) سورة البقرة الآية: ٢٢٠.

(٢) سورة الأنعام الآية: ١٥٢، والإسراء الآية: ٣٤.

أو المجنون في غير ما ذكروا بما يلي:

١. أن العقار أنفع وأسلم مما عداه، فلا يملك الوصي أو القاضي بيعه[١].

٢. أن في بيع الوصي أو القاضي لعقار الصغير أو المجنون من غير حاجة تفويتاً للحظ الحاصل به، فلا يملكه[٢].

ثانياً: واستدلوا على ملكية الوصي أو القاضي للبيع في الحالتين اللتين ذكروا بما يلي:

أن بيع الوصي أو القاضي لعقار الصغير أو المجنون في هاتين الحالتين فيه حظ له، وفيما سواهما لاحظ له، فلا يملكه الوصي أو القاضي[٣].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن حظ الصغير أو المجنون منحصر في هاتين الحالين، بل قد يكون في غيرهما، كأن يكون العقار في مكان لا ينتفع به، أو فيه نفع ولكنه قليل، فيباع ويشترى له في مكان يكثر نفعه، أو ليعمر به عقاره الآخر، أو تكون داراً يتضرر بالمقام فيها لسوء الجوار، أو نحو ذلك.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ١٧٥، تحفة المحتاج ٥/ ١٨١.

(٢) الكافي لابن قدامة ٢/ ١٩٠.

(٣) المهذب ١/ ٣٣٦.

القول الأول القائل بملكية الوصي أو القاضي لبيع عقار الصغير أو المجنون إذا كان فيه حظ ومصلحة له مطلقاً، أي لا ينحصر في حالات معينة؛ لقوة ما استدللت به لهم، ولأن المقصود هو مصلحة الصغير أو المجنون في كل الأحوال.

المطلب السادس: شراء الوصي أو القاضي العقار للصغير أو المجنون

إذا كان الوصي أو القاضي يتجر بمال الصغير أو المجنون بالبيع والشراء ونحو ذلك، فهل يملك ضمن ذلك شراء العقار، أو لا يملكه؟

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على ملكية الوصي أو القاضي لذلك إذا رأى أن فيه مصلحة للصغير أو المجنون.

فهو الظاهر من قول الحنفية، والمالكية حيث قالوا إن الولي عموماً يملك من التصرفات في مال المولى عليه ما فيه نظر ومصلحة له، ولا يملك ما فيه ضرر عليه[1]. فيدخل في ذلك شراء الوصي أو القاضي العقار للصغير أو المجنون.

كما أنه مقتضى قول الشافعية حيث قالوا بملكية الوصي والقاضي لذلك إذا كان من مأمون، ولم يكن في موضع قد أشرف على الخراب، أو يخاف عليه الهلاك[2].

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ١٥٣، الشرح الصغير ٢/ ١٤٢.

(٢) المهذب ١/ ٣٣٥، روضة الطالبين ٤/ ١٨٧، مغني المحتاج ٢/ ١٧٤، حاشية الشرواني ٥/ ١٨٣، وإعانة الطالبين ٣/ ٧٢.

وبه قال الحنابلة[١].

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

١. أن في شراء الوصي أو القاضي العقار للصغير أو المجنون مصلحة له، لكونه يحصل منه الفضل مع بقاء الأصل[٢].

٢. أن الوصي أو القاضي يملك الاتجار بمال الصغير أو المجنون، فكذلك يملك شراء العقار من باب أولى؛ لأن الغرر في شراء العقار أقل من التجارة؛ لأن أصله محفوظ[٣].

المطلب السابع: شراء الوصي أو القاضي اللّعب للصغير

ذكر فقهاء الحنابلة أن الوصي أو القاضي يملك شراء اللّعب للصغير إذا لم يكن فيها صور محرمة[٤].

وكذلك يجب إضافة شرط آخر وهو ألاّ تكون مما يعلم الأعمال المحرمة كالآلات التي تعلم الموسيقى والغناء، أو مما هو مشتمل على ذلك.

ولكنهم اختلفوا هل يشتريها من مال الصغير، أو من ماله هو؟

---

(١) الكافي لابن قدامة ٢/ ١٩٠، الفروع ٤/ ٣٢١، المبدع ٤/ ٣٣٩، الإنصاف ٥/ ٣٣٠، غاية المنتهى ٢/ ١٣٩، التوضيح ص ١٩٣.

(٢) المهذب ١/ ٣٣٥، الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢٣، المبدع ٤/ ٣٣٩.

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢٣.

(٤) الفروع ٤/ ٣٢١، المبدع ٤/ ٣٤٠، الإنصاف ٥/ ٣٣١، غاية المنتهى ٢/ ١٣٩، كشاف القناع ٣/ ٤٥١، غذاء الألباب ٢/ ٢١٢، ٢١٣، ٢١٤.

وذلك على قولين:

القول الأول: أن الوصي أو القاضي يملك شراء اللّعب للصغير من ماله. وعلى هذا نص الإمام أحمد، وهو المذهب عندهم[(١)].

القول الثاني: أن الوصي أو القاضي لا يملك شراء اللّعب للصغير من ماله، بل يشتريها من ماله هو أي الوصي أو القاضي:

وبهذا قال بعضهم[(٢)] -أي الحنابلة-.

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أنه لا محظور في شراء اللّعب للصغير، بل فيه مصلحة له، وهي التمرن على ما يطلب منه، فيملك الوصي أو القاضي شراءها له من ماله[(٣)].

دليل القول الثاني:

يمكن الاستدلال لأصحاب هذا القول بما يلي:

قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ..﴾[(٤)] الآية، وقال -سبحانه وتعالى-: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ..﴾[(٥)] الآية.

---

(١) المراجع السابقة.
(٢) الفروع ٤/ ٣٢١، الإنصاف ٥/ ٣٣١.
(٣) كشاف القناع ٣/ ٤٥١.
(٤) سورة البقرة الآية: ٢٢٠.
(٥) سورة الأنعام الآية: ١٥٢، والإسراء الآية: ٣٤.

وجه الاستدلال بهاتين الآيتين الكريمتين:

يمكن توجيه الاستدلال بهما بأن الله -سبحانه وتعالى- أمر بالإصلاح في مال اليتيم، ونهى عن قربانه إلا بالتي هي أحسن، وشراء الألعاب للصغير من ماله ليس من الإصلاح فيه ولا من قربانه بالتي هي أحسن؛ لأنه ليس فيها فائدة تذكر تعود على الصغير، فلا يملكه الوصي أو القاضي.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعد التسليم بأنه لا فائدة تذكر من الألعاب، بل قد يكون فيها فائدة كالتمرين على بعض الأمور التي يحتاج عليها في المستقبل كما تقدم في دليل أصحاب القول الأول، فيكون شراؤها من الإصلاح والقربان بالتي هي أحسن، فيملكه الوصي أو القاضي.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول بأن الوصي أو القاضي يملك شراء اللعب للصغير من ماله وذلك بشرط أن تكون مما يفيد الصغير بالتدريب على عمل مباح يستفيد منه في المستقبل كشراء بعض الألعاب التي تعين الصغير على معرفة الحروف الهجائية أو الأرقام الحسابية، أو حرفة من الحرف، أو شراء بعض الأواني المنزلية من اللعب للأنثى، أو نحو ذلك، وذلك لما استدل به أصحاب القول الأول، ولما في ذلك من جبر خاطره بين أقرانه ومساواته بمن له أب.

المبحث الرابع
اقتراض الوصي أو القاضي مال الصغير أو المجنون، وإقراضه

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اقتراض الوصي أو القاضي مال الصغير أو المجنون.

المطلب الثاني: إقراض الوصي أو القاضي مال الصغير أو المجنون.

المطلب الأول: اقتراض الوصي أو القاضي مال الصغير أو المجنون

إذا احتاج الوصي أو القاضي إلى شيء من المال وعنده مال الصغير أو المجنون فهل يملك أخذه بنية الاقتراض، أو لا يملك ذلك؟

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على عدم ملكية الوصي أو القاضي لاقتراض مال الصغير أو المجنون لغير الأكل.

فقد قال بذلك الحنفية[١].

وهو الظاهر من قول المالكية حيث قالوا بعدم ملكيتهما لما فيه محاباة وسوء نظر من التصرفات[٢]، ولاشك أن ذلك حاصل في الاقتراض؛ لأن فيه حبس لمال الصغير أو المجنون بدون مصلحة تعود عليها، لو المطلوب هو الاسترباح فيه.

كما أنه الظاهر من قول الشافعية حيث قالوا بعدم ملكية الوصي أو القاضي للبيع على الصغير أو المجنون والشراء من مالهما كما سبق، فمن باب أولى الاقتراض، ولأنهم قالوا بعدم ملكيتهما لما لا مصلحة فيه للصغير والمجنون من التصرفات[٣]، ولا مصلحة لهما في الاقتراض.

وبه قال الحنابلة[٤].

---

(١) آداب الأوصياء ٢/ ١٢٠، أحكام الصغار ٢/ ٣٦، مجمع الأنهر ٢/ ٧٢٦، مجمع الضمانات ص ٣٩٦.

(٢) الفروق ٤/ ٣٩، القوانين الفقهية ص ٣٢٧.

(٣) المنهاج ٢/ ١٧٤.

(٤) الإنصاف ٥/ ٣٣٠، غاية المنتهى ٢/ ١٣٨، كشاف القناع ٣/ ٤٥٠.

الأدلة:

يمكن الاستدلال لهم بما يلي:

١. قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ..﴾[1] الآية.

٢. وقال -سبحانه وتعالى-: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ..﴾[2] الآية.

وجه الاستدلال بهاتين الآيتين الكريمتين:

يمكن توجيه الاستدلال بهما بأن الله -سبحانه وتعالى- أمر بالإصلاح في مال اليتيم وعدم قربانه إلا بالتي هي أحسن، واقتراض الوصي أو القاضي لما له ليس إصلاحاً فيه ولا قرباناً له بالتي هي أحسن، بل فيه حبس له بدون مصلحة تعود على اليتيم، فلا يملكانه.

ويقاس عليه المجنون.

أما الاقتراض للأكل فسيأتي الكلام عليه في مطلب أكل الوصي أو القاضي من مال الصغير أو المجنون هل هو على سبيل الإباحة أو الاقتراض؟ إن شاء الله.

---

(١) سورة البقرة الآية: ٢٢٠.

(٢) سورة الأنعام الآية: ١٥٢، والإسراء الآية: ٣٤.

المطلب الثاني: إقراض الوصي أو القاضي مال الصغير أو المجنون

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: ملكية الوصي أو القاضي لإقراض مال الصغير أو المجنون.

المسألة الثانية: ما يشترط في المقرض عند القائلين بملكية الوصي أو القاضي للإقراض.

المسألة الأولى: ملكية الوصي أو القاضي لإقراض مال الصغير أو المجنون

إذا أراد الوصي أو القاضي أن يقرض مال الصغير أو المجنون لغيره إما لخوفه عليه من التلف بحرق أو غرق، أو نهب، أو لسفر، أو لغير ذلك، فهل يملك ذلك عند الحاجة أو المصلحة، أو يملكه القاضي دون الوصي، أو لا يملكه كل منهما مطلقاً؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الوصي أو القاضي يملك إقراض مال الصغير أو المجنون للمصلحة أو الحاجة كالسفر، أو خوف نهب، أو حريق، أو غرق أو نحو ذلك.

وهذا هو الظاهر من قول المالكية حيث إن القاعدة عندهم هي ملكية الوصي أو القاضي لكل تصرف يكون على وجه النظر والمصلحة[1]، وهو وجه عند الشافعية[2].

---

(١) أصول الفتيا ص ٤٠٩، الفروق ٤/ ٣٩، القوانين الفقهية ص ٣٢٧.

(٢) المهذب ١/ ٣٣٦، روضة الطالبين ٤/ ١٩١.

وعلى هذا نص الإمام أحمد في الرواية المشهورة عنه، وهو الصحيح من المذهب عند أصحابه[1].

القول الثاني: أن الوصي لا يملك إقراض مال الصغير أو المجنون إلا لحاجة كالخوف من نهب أو حريق أو غرق، ويملكه القاضي بلا حاجة.

وبهذا قال الحنفية[2]، وهو وجه عند الشافعية[3].

القول الثالث: أن الوصي أو القاضي لا يملك إقراض مال الصغير أو المجنون مطلقاً.

وبهذا قال الإمام أحمد في رواية عنه[4].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على ملكية الوصي أو القاضي للإقراض عند المصلحة أو الحاجة بما يلي:

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢٢، المحرر ١/ ٣٤٧، الفروع ٤/ ٣١٩، الإنصاف ٥/ ٣٢٨، التوضيح ص ١٩٣، غاية المنتهى ٢/ ١٣٨، منح الشفا الشافيات ٢/ ٢٠.

(٢) النتف في الفتاوى ٢/ ٧٩٢، جامع الفصولين ٢/ ١٧، حاشية الطحاوي ٤/ ٣٤٢، لسان الحكام ص ٤٢١، الفتاوى البزازية ٦/ ٤٤٤.

(٣) روضة الطالبين ٤/ ١٩١، مغني المحتاج ٢/ ١٧٥، أسنى المطالب ٢/ ٢١٤، إعانة الطالبين ٣/ ٧٣.

(٤) الإنصاف ٥/ ٣٢٨.

١. أن إقراض الوصي أو القاضي مال الصغير أو المجنون عند المصلحة أو الحاجة فيه حظ له، فيملكه الوصي أو القاضي، كالتجارة فيه[1].

٢. أن المقترض لمال الصغير أو المجنون عند المصلحة أو الحاجة سيرد بدله، فيملك الوصي أو القاضي إقراضه، أشبه البيع ونحوه من عقود المعاوضات[2].

ثانياً: واستدلوا على عدم ملكية الوصي أو القاضي للإقراض عند عدم المصلحة أو الحاجة بما يلي:

أن إقراض الوصي أو القاضي لمال الصغير أو المجنون مع عدم الحاجة أو المصلحة يعد تبرعاً به، فلم يصلح كهبته[3].

أدلة القول الثاني:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية الوصي للإقراض إلا عند الحاجة بما استدل به أصحاب القول الأول.

ثانياً: واستدلوا على ملكية القاضي للإقراض مطلقاً بما يلي: أن القاضي ينشغل عن مال الصغير والمجنون، لكثرة أشغاله، فيملك إقراضه[4].

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢٢.

(٢) منح الشفا الشافيات ٢/ ٢٠.

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢٢.

(٤) روضة الطالبين ٤/ ١٩١، مغني المحتاج ٢/ ١٧٥، أسنى المطالب ٢/ ٢١٤.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن القاضي إذا كان ينشغل عن المال فإن له أن يستنيب من يتولى تصريف شئونه أو يدفعه إلى من يعمل به لمصلحة اليتيم بمضاربة أو نحوها ولا يقرضه إلى من ينتفع به بلا مصلحة أو حاجة؛ لأن القاضي مأمور بأن يتصرف على سبيل النظر والمصلحة، وليس هذا من النظر، ولا مصلحة للصغير أو المجنون فيه.

دليل القول الثالث:

الظاهر أن صاحب هذا القول يستدل بما استدل به أصحاب القول الأول على عدم ملكية الوصي أو القاضي للإقراض عند المصلحة أو الحاجة، ولكن الأظهر الاستدلال بها عدم ملكية الإقراض عند عدم المصلحة أو الحاجة، أما مع وجودهما فيملك الوصي أو القاضي ذلك لما ذكر أصحاب القول الأول، ولما ذكرت في مناقشة دليل أصحاب القول الثاني.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول القائل بملكية الوصي أو القاضي لإقراض مال الصغير أو المجنون للمصلحة أو الحاجة؛ لقوة ما استدلوا به، ولما فيه من مراعاة مصلحة الصغير أو المجنون بحفظ ماله.

المسألة الثانية: ما يشترط في المُقرَض عند القائلين بملكية الوصي أو القاضي لإقراض مال الصغير أو المجنون

اشترط بعض من قال في المطلب السابق من فقهاء بملكية الوصي أو

القاضي لإقراض مال الصغير أو المجنون شروطاً في المقرض حتى يصح للوصي أو القاضي إقراضه وهي كما يلي:

الشرط الأول: أن يكون المقرض ثقة.

وهذا الشرط ذكره الشافعية[١]، والحنابلة[٢].

الدليل:

استدلوا على اشتراطه بما يلي:

أن غير الثقة قد يجحد المال، فيؤدي ذلك إلى ضياع مال الصغير أو المجنون[٣].

الشرط الثاني: أن يكون المُقرَض مليئاً.

وهذا الشرط ذكره أيضاً الشافعية[٤]، والحنابلة[٥]

الدليل:

استدلوا على اشتراطه بما يلي:

أن غير المليء لا يمكن أخذ البدل منه، فيؤدي ذلك إلى تأخر استرداد

---

(١) المهذب ١/ ٣٣٦، روضة الطالبين ٤/ ١٩١، مغني المحتاج ٢/ ١٧٥، أسنى المطالب ٢/ ٢١٤.

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢٢، المبدع ٤/ ٣٣٩، غاية المنتهى ٢/ ١٣٨، كشاف القناع ٣/ ٤٥٠.

(٣) المهذب ١/ ٣٣٦، الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢٢، المبدع ٤/ ٣٣٩.

(٤) المهذب ١/ ٣٣٦، روضة الطالبين ٤/ ١٩١، مغني المحتاج ٢/ ١٧٥، أسنى المطالب ٢/ ٢١٤.

(٥) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢٢، المبدع ٤/ ٣٣٩، غاية المنتهى ٢/ ١٣٨، كشاف القناع ٣/ ٤٥٠.

مال الصغير أو المجنون، فيتعذر انتفاعه به، بل قد يؤدي إلى ضياعه[١].

الشرط الثالث: أن يأخذ الوصي أو القاضي رهناً بذلك.

وهذا الشرط اختلف الشافعية والحنابلة في اشتراطه على قولين:

القول الأول: لايشترط أخذ الوصي أو القاضي رهناً عند الإقراض، بل يصح له ذلك برهن وبدون رهن، ولكن الأولى الأخذ.

وبهذا قال الشافعية[٢]، وهو الوجه الصحيح عند الحنابلة[٣]

القول الثاني: أنه يشترط أخذ الوصي أو القاضي رهناً عند الإقراض.

وهذا وجه عند الحنابلة[٤].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الظاهر أن من يستقرض مال الصغير أو المجنون لحظهما لايبذل رهناً فاشتراط الرهن يفوّت هذا الحظ، فلا يشترط[٥].

---

(١) المهذب ١/ ٣٣٦.

(٢) المرجع السابق، روضة الطالبين ٤/ ١٩١، مغني المحتاج ٢/ ١٧٥.

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢٢، المبدع ٤/ ٣٣٩، الإنصاف ٥/ ٣٢٩، غاية المنتهى ٢/ ١٣٨-١٣٩.

(٤) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢٢، المبدع ٤/ ٣٣٩، الإنصاف ٥/ ٣٢٩.

(٥) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢٢.

دليل القول الثاني:

أن أخذ الرهن احتياطاً لمال الصغير أو المجنون، فيجب على الوصي أو القاضي أخذه[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الاحتياط لذلك قد حصل باشتراط الثقة والملاءة في المقرض وأما أخذ الرهن فإنه وإن كان فيه زيادة في الاحتياط إلا أنه يؤدي إلى الإحجام عن استقراض مال الصغير أو المجنون عند الحاجة إليه، فتكون المصلحة في عدم أخذه.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم اشتراط أخذ الوصي أو القاضي للرهن عند إقراض مال الصغير أو المجنون، فيصح الأخذ وعدمه إلا أن الأولى الأخذ؛ لقوة ما استدلوا به، ولأنه يشترط في تصرفات الوصي أو القاضي أن تكون في مصلحة الصغير أو المجنون، واشتراط الرهن قد يكون في مصلحتهما؛ لأن ذلك يؤدي إلى عدم قبول الناس لاستقراضه عند الحاجة إلى الإقراض كالخوف عليه من النهب، أو الحريق، أو الغرق، أو نحو ذلك.

---

(١) المرجع السابق.

المبحث الخامس

رهن الوصي أو القاضي لمال الصغير أو المجنون

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: رهن الوصي أو القاضي لمال الصغير أو المجنون بدينٍ له.

المطلب الثاني: رهن الوصي أو القاضي لمال الصغير أو المجنون بدينٍ لنفسه.

المطلب الأول: رهن الوصي أو القاضي مال الصغير أو المجنون بدينٍ له أي للصغير أو المجنون

إذا احتاج الصغير أو المجنون لبعض المال أو للنفقة، أو الكسوة أو للإنفاق على بهائمه، أو نحو ذلك ولم يكن عند الوصي أو القاضي له في هذه الحالة نقد للوفاء بذلك، فهل يملك الاستدانة له ورهن ماله، أو لا يملك ذلك؟

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على ملكية الوصي أو القاضي لرهن مال الصغير أو المجنون بدين له إذا كان محتاجاً إلى ذلك كالحاجة إلى النفقة أو الكسوة أو للإنفاق على عقاره المتهدم أو نحو ذلك، وكان الرهن عند ثقة.

فهو مقتضى قول الحنفية حيث أطلقوا ملكية الوصي أو القاضي للرهن[1]، وبه قال المالكية[2].

والشافعية[3]، والحنابلة[4].

الأدلة:

يمكن الاستدلال لهم بما يلي:

١. قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ۖ قُلْ

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ١٥٤، الهداية ٤/ ١٣٦، جامع الفصولين ٢/ ١٨.

(٢) المدونة ٥/ ٣١٤، شرح الخرشي ٥/ ٢٣٧، الشرح الكبير للدردير ٣/ ٢٣٢.

(٣) الوجيز ١/ ١٦٢، روضة الطالبين ٤/ ٦٢، مغني المحتاج ٢/ ١٢٢.

(٤) المغني ٤/ ٣٩٧، التوضيح ص ١٩٣، غاية المنتهى ٢/ ١٣٩، الإقناع ٢/ ٢٢٥.

إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ..﴾[1] الآية.

٢. وقال -سبحانه وتعالى-: ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ..﴾[2] الآية.

وجه الاستدلال بهاتين الآيتين الكريمتين:

يمكن توجيه الاستدلال بهما بأن الله -سبحانه وتعالى- أمر بالإصلاح في مال اليتيم ورهن ماله إذا كان محتاجاً إلى ذلك، وكان عند ثقة يعد إصلاحاً فيه، وقرباناً له بالتي هي أحسن، فيملكه.

ويقاس عليه المجنون.

أما إذا لم يكن بالصغير أو المجنون حاجة، أو لم يكن الرهن عند ثقة فاختلف الفقهاء في ملكية الوصي أو القاضي للرهن على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الوصي أو القاضي لا يملك مال الصغير أو المجنون بدين له.

وبه قال المالكية[3]، والحنابلة[4].

القول الثاني: أن الوصي أو القاضي لا يملك رهن مال الصغير أو المجنون بدين له إلا إذا كان فيه غبطة ظاهرة مثل أن يساوي

---

(١) سورة البقرة الآية: ٢٢٠.

(٢) سورة الأنعام الآية: ١٥٢، والإسراء الآية: ٣٤.

(٣) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٢٣٢.

(٤) المغني ٤/ ٣٩٧، الإنصاف ٥/ ٣٣٠، التوضيح ص ١٩٣، غاية المنتهى ٢/ ١٣٩، كشاف القناع ٣/ ٤٥٠.

مائة على ثمن ما اشتراه بمائة وهو يساوي مائتين، وكان من غني وبإشهاد والأجل قصيرا في العرف، والمرهون وافياً بالثمن.

وبهذا قال الشافعية[١].

القول الثالث: أن الوصي أو القاضي يملك رهن مال الصغير أو المجنون بدين له مطلقاً.

وبهذا قال الحنفية[٢].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

ما رواه عبادة[٣] بن الصامت ﷺ أن رسول الله قضى أن «لا ضرر ولا ضرار»[٤].

---

(١) الأم ٣/ ١٩٧، الوجيز ١/ ١٦٢، روضة الطالبين ٤/ ٦٢، مغني المحتاج ٢/ ١٢٢، حاشية الشرقاوي ٢/ ١٢٣.

(٢) بدائع الصنائع ٥/ ١٤٥، الهداية ٤/ ١٣٦، جامع الفصولين ٢/ ١٨، حاشية شلبي على تبيين الحقائق ٦/ ٢١٢.

(٣) هو عبادة بن الصامت بن قيس بن أصرم الأنصاري، الخزرجي، يكنى بابي الوليد، شهد العقبة الأولى والثانية، وشهد المشاهد كلها مع رسول الله ﷺ، واستعمله على بعض الصدقات، وأرسله عمر إلى الشام مع معاذ وأبي الدرداء ليفقهوا الناس فأقام بحمص، وتوفي ٣٤هـ.

(طبقات ابن سعد ٣/ ٥٤٦، أسد الغابة ٣/ ١٠٦-١٠٧، الإصابة ٤/ ٢٧-٢٨).

(٤) رواه أحمد ٥/ ٣٢٦، ٣٢٧.

والبيهقي في كتاب إحياء الموات - باب من قضى فيما بين الناس بما فيه صلاحهم =

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن رسول الله ﷺ نهى عن الإضرار بالغير، ورهن الوصي أو القاضي مال الصغير أو المجنون بدين له إذا لم يكن محتاجا اليه، ولم يكن عند ثقة فيه إضرار به، فلا يصح.

كما يمكن الاستدلال لهم بعموم الآيتين السابقتين.

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية الوصي أو القاضي للرهن إذا اختل شرط من الشروط التي ذكروا بما يلي:

أن الرهن يمنع من التصرف في المرهون، فيكون فيه حبس لمال الصغير أو المجنون بغير عوض، فلا يملكه الوصي أو القاضي[1].

٦/ ١٥٦-١٥٧، وفي كتاب آداب القاضي - باب ما لا يحتمل القسمة ١٠/ ١٣٣.

وابن ماجه في كتاب الأحكام باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ٢/ ٧٨٤، حديث رقم ٢٣٤٠، واللفظ له.

وقال في الزوائد: «إسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع؛ لأن إسحاق بن الوليد قال الترمذي وابن عدي: لم يدرك عبادة بن الصامت، وقال البخاري: لم يلق عبادة».

وقال الألباني عنه: «صحيح، روى من حديث عبادة بن الصامت، وعبد الله ابن عباس، وأبي سعيد الخدري، وأبي هريرة، وجابر بن عبد الله، وعائشة بنت أبي بكر الصديق، وثعلبة بن أبي مالك القرظي، وأبي لبابة رضي الله عنهم».

(إرواء الغليل ٣/ ٤٠٨).

وجاء في تخريج أحاديث المدونة ٣/ ١٢٠٤: «هذا الحديث ورد في المدونة معلقاً، وهو حديث لا تخلو طرقه من مقال غير أن كثرة الطرق يقوي بعضها بعض ويرفعه إلى درجة الحسن».

(١) مغني المحتاج ٢/ ١٢٢.

أما ما ذكروا من الشروط فلم أطلع على دليل لهم عليها، ولكن الظاهر أنهم اشترطوها احتياطاً لمال الصغير أو المجنون.

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القرل بما يلي:

أن الرهن من توابع التجارة؛ لأن التاجر يحتاج إليه، والوصي أو القاضي يملك الاتجار بمال الصغير والمجنون، فيملك توابعها[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه وإن كان الوصي أو القاضي يملك الاتجار بمال الصغير أو المجنون إلا أنه يجب عليه أن يراعي المصلحة في ذلك؛ لما تقدم من الآيتين الكريمتين وحديث عبادة، وليس من مصلحة الصغير أو المجنون رهن ماله إذا لم يكن محتاجاً إلى ذلك، أو لم يكن عند ثقة.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الوصي أو القاضي استثمار مال الصغير أو المجنون بالاتجار فيه، وفي رهنه في هذه الحالة حبس له عن ذلك بدون حاجة.

المطلب الثاني: رهن الوصي أو القاضي مال الصغير أو المجنون بدين نفسه

إذا أراد الوصي أو القاضي الاستدانة لنفسه وليس عنده ما يرهنه،

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ١٤٥.

وعنده مال لصغير أو مجنون، فهل يملك رهنه لذلك، أو لا يملكه؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الوصي أو القاضي لايملك رهن مال الصغير أو المجنون بدين لنفسه.

وبهذا قال أبو يوسف وزفر من الحنفية[1]، والمالكية[2].

وهو الظاهر من قول الشافعية حيث اشترطوا في تصرفات الولي أن تكون في مصلحة المولى عليه[3]، وليس في رهن الوصي أو القاضي مال الصغير أو المجنون بدين لنفسه مصلحة للصغير أو المجنون بل فيه حبس لماله لمصلحة غيره.

وبه قال الإمام أحمد في الرواية المشهورة عنه، وهو المذهب عند أصحابه[4].

القول الثاني: أن الوصي أو القاضي يملك مال الصغير أو المجنون بدين لنفسه.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة، وصاحبه محمّد بن الحسن[5].

---

(١) فتاوى قاضيخان ٥/ ٦٠٧، لسان الحكام ص ٤٢٢، الدر المختار وحاشية رد المحتار عليه ٦/ ٤٩٥، جامع الفصولين ٢/ ١٨.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٢٣٢.

(٣) المهذب ١/ ٣٣٥، روضة الطالبين ٤/ ١٨٧.

(٤) المغني ٤/ ٣٩٨، الإنصاف ٥/ ٣٣٠، التوضيح ص ١٩٣، كشف المخدرات ١/ ٢٦٦، كشاف القناع ٣/ ٤٥٠.

(٥) بدائع الصنائع ٥/ ١٥٤، فتاوى قاضيخان ٥/ ٦٠٧، مجمع الضمانات ص ٤٠٠ الدر المختار وحاشية رد المحتار عليه ٦/ ٤٩٥.

وهو رواية عن الإمام أحمد[1] قال عنها المرداوي: «قال الزركشي[2]: وفيها نظر»[3].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١.أن غير الأب من الأولياء كالوصي أو القاضي مظنة التهمة، فلا يملك رهن مال الصغير أو المجنون بدين لنفسه[4].

٢.أو الوصي أو القاضي لايملك إيفاء دينه بمال الصغير أو المجنون، وفي رهنه مال الصغير أو المجنون إيفاء لدينه حكماً، فلا يملكه، كالإيفاء حقيقة[5].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه المرغيناني بأنه قياس مع الفارق؛ لأن في الإيفاء حقيقة إزالة ملك الصغير أو المجنون من غير عوض يقابله في الحال، وفي الرهن نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه[6].

---

(١) المغني ٤/ ٣٩٨، الإنصاف ٥/ ٣٣٠.

(٢) هو محمّد بن عبد الله بن محمّد الزركشي، المصري، الحنبلي، شمس الدين أبو عبد الله، شرح جزأ من مختصر الخرقي، قال ابن بدران عنه: وكلامه فيه يدل على فقه نفيس وتصرف في كلام الأصحاب، كما شرح قطعة من المحرر وقطعة من الوجيز، وتوفي بالقاهرة سنة ٧٧٤هـ.
(شذرات المذهب ٦/ ٢٢٤-٢٢٥، المدخل لابن بدران ص ٢١١).

(٣) الإنصاف ٥/ ٣٣٠.

(٤) كشف المخدرات ١/ ٢٦٦.

(٥) الهداية ٤/ ١٣٥.

(٦) المرجع السابق.

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا الفول بما يلي:

أن الوصي أو القاضي يملك إيداع مال الصغير أو المجنون، والرهن أنظر في حقه منه؛ لأن قيام المرتهن أبلغ مخافة الغرامة، فيملكه أيضاً[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته من وجهين:

الوجه الأول: عدم التسليم بملكية الوصي أو القاضي لإيداع مال الصغير أو المجنون مطلقاً، بل الراجح أنه لايملكه إلا عند الحاجة إليه كالخوف على المال من نهب، أو حريق، أو غرق، أو نحو ذلك كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

الوجه الثاني: أن هناك فرقاً بين الرهن والإيداع؛ لأن الرهن لازم بالنسبة للراهن، فلا يملك فسخه واسترداد المرهون إلا برضا المرتهن، بخلاف الإيداع فهو عقد جائز من الطرفين، فيمكن فسخه واسترداد المرهون في أي وقت.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الوصي أو القاضي لرهن مال الصغير أو المجنون بدين لنفسه؛ لقوة ما استدلوا به من أن ذلك مظنة للتهمة،

---

(١) المرجع السابق.

ولأن تصرفات الوصي أو القاضي في مال الصغير أو المجنون منوطة بالمصلحة، وليس في مصلحة الصغير أو المجنون رهن ماله بدين للوصي أو القاضي، بل فيه حبس لماله مع عدم حاجته لذلك، لأن ذلك خلاف ما هو مطلوب من الوصي والقاضي من تنمية مال الصغير أو المجنون بالاتجار فيه.

المبحث السادس

توكيل الوصي غيره على مال الصغير أو المجنون

إذا أراد الوصي أن يوكل غيره على تصرفات بعض شئون الصغير أو المجنون كبيع سلعة، أو إجارة دار، أو نحو ذلك إما لانشغاله عن ذلك، أو لكثرة المال بحيث يحتاج إلى عدة أشخاص لتصريف شئونه، أو لكون هذا التصرف لا يليق بالوصي القيام به، أو نحو ذلك، فهل يملك ذلك مطلقاً، أو لا يملكه إلا في بعض الأحوال؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الوصي يملك توكيل غيره على مال الصغير أو المجنون مطلقاً.

وبهذا قال الحنفية[1]، وبعض المتأخرين من الشافعية[2].

وهو المنصوص عند الإمام أحمد، وبه قال بعض أصحابه[3]، وصوّبه المرداوي[4].

القول الثاني: أن الوصي لا يملك توكيل غيره على مال الصغير أو المجنون إلا فيما لا يتولاه بنفسه.

---

(١) المبسوط ١٩/ ٣٠، مجمع الضمانات ص ٣٩٨، الفتاوى الهندية ٣/ ٥٦٢، جامع الفصولين ٢/ ١٧، آداب الأوصياء ٢/ ١٧٢، ١٧٧.

(٢) مغني المحتاج ٣/ ٧٨.

(٣) المغني ٥/ ٢١٦-٢١٧، المحرر ١/ ٣٤٩، المبدع ٤/ ٣٦٠، الإنصاف ٥/ ٣٦٢.

(٤) الإنصاف ٥/ ٣٦٢.

وهذا هو الظاهر من قول المالكية حيث قالوا بمثـل ذلـك في توكيل الوكيل غيره على ما وكل فيه كما سبق.

وبه قال أكثر الشافعية[1]، وهو المذهب عند الحنابلة[2].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن الوصي متصـرف بالولايـة، وليـس وكيـلا محضـا، بدليـل أنـه يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيـه، ولأنـه يتصـرف بعـد الموت، ولأنه تعتبر عدالته وأمانته وهذا شـأن الولايـات، بخـلاف الوكيل[3].

٢. أنه لايمكن الوصي الاستئذان في التوكيل، أو تطول مدتـه، ويكـثر تصرفه فيملك التوكيل مطلقا بخلاف الوكيل فإنه يمكنه ذلك، فـلا يملك التوكيل إلا بإذن الموكل إلا فيما لايتولاه بنفسه[4].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الوصي متصرف بالإذن، فلا يملك توكيل غيره على مال الصغـير

---

(١) المهذب ١/ ٤٧١، روضة الطالبين ٦/ ٣٢٢، مغني المحتاج ٣/ ٧٨.

(٢) المغني ٥/ ٢١٦، المحرر ١/ ٣٤٩، القواعـد لابـن رجـب ص ١٢٤-١٢٥، المبـدع ٤/ ٣٦٠، الإنصاف ٥/ ٣٦٢.

(٣) المغني ٥/ ٢١٧، القواعد لابن رجب ص ١٢٥، الإنصاف ٥/ ٣٦٢.

(٤) القواعد لابن رجب ص ١٢٥، المبدع ٤/ ٣٦٠.

أو المجنون، قياسا على الوكيل[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه قياس مع الفارق؛ لما سبق في أدلة أصحاب القول الأول من الفرق بين الوصي والوكيل.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية الوصي لتوكيل غيره على مال الصغير أو المجنون مطلقاً؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من التيسير على الوصي في القيام بتصرف شئون الصغير أو المجنون.

ومع ذلك فإنه يجب على الوصي ألاّ يوكل إلا من يثق به وبأمانته على المال ومن هو خبير بتصرف الأموال حفاظاً على مال الصغير أو المجنون من التلف والضياع.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «لا يجوز أن يولي على مال اليتامى إلا من كان قوياً خبيراً بما ولي عليه، أميناً عليه، والواجب إذا لم يكن الولي بهذه الصفة أن يستبدل به من يصلح...»[2].

---

(١) المغني ٥/ ٢١٧، القواعد لابن رجب ص ١٢٥، المبدع ٤/ ٣٦٠.

(٢) مجموع الفتاوى ٣٠/ ٤٤-٤٥.

المبحث السابع
مشاركة الوصي أو القاضي بمال الصغير أو المجنون

إذا كان عند الوصي أو القاضي مال الصغير أو المجنون فأراد الاتجار به بمشاركة غيره فيه، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على ملكية الوصي والقاضي للمشاركة بمال الصغير أو المجنون اذا كان ذلك مع ثقة أمين.

فقد قال بذلك الحنفية[(١)].

ونقله السغدي عن مالك والشافعي[(٢)]، وهو ظاهر من قولهم بملكية الوصي أو القاضي للاتجار بمال الصغير أو المجنون[(٣)]؛ لأن المشاركة نوع من أنواع الاتجار.

كما أنه الظاهر من قول الحنابلة حيث قالوا بملكية الوصي أو القاضي للاتجار بمال الصغير أو المجنون[(٤)]، والمشاركة نوع منها.

الأدلة:

استدلوا بأدلةٍ من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

---

(١) النتف في الفتاوى ٢/ ٨٢٧، المبسوط ٢٨/ ٢٨، مجمع الأنهر ٢/ ٧٢٥، آداب الأوصياء ٢/ ٢٣٢، حاشية الطحطاوي ٤/ ٣٤٢.

(٢) النتف في الفتاوى ٢/ ٨٢٧.

(٣) الكافي لابن عبد البر ٢/ ٨٣٣، جواهر الإكليل ٢/ ٣٢٦، مختصر المزني مع الأم ٨/ ١٨٧، المهذب ١/ ٣٣٥.

(٤) الكافي لابن قدامة ٢/ ١٨٩، العدة ص ٣٠٢.

أولا: من السنة:

١. ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ خطب الناس، فقال: «ألا من ولي يتيماً له مال فليتجر فيه، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة»[١].

٢. ما رواه أنس بن مالك ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الصدقة»[٢].

وجه الاستدلال بهذين الحديثين:

أن رسول الله ﷺ أمر بالاتجار في أموال اليتامى، والمشاركة نوع منها، فيملكها الوصي والقاضي[٣].

ولكن حديث عمرو بن شعيب ضعيف، والصحيح أنه موقوف على عمر بن الخطاب ﷺ كما سبق[٤] في تخريجه.

ثانياً: من المعقول:

أن المأمور به هو ما يكون اصلح لليتيم وأحسن لقوله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ..﴾[٥] الآية، وقال -تعالى-: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ

---

(١) سبق تخريجه ص ٧٤٨.

(٢) سبق تخريجه ص ٧٤٩.

(٣) حاشية شلبي على تبيين الحقائق ٦/ ٢١٢.

(٤) ص ٧٤٨.

(٥) سورة البقرة الآية: ٢٢٠.

أَحْسَنُ..﴾[١] الآية، وقد يكون الأحسن في تفويض الوالي التصرف في مال اليتيم إلى غيره المشاركة فيه لعجزه عن مباشرته بنفسه إما لكثرة أشغاله، أو لقلة معرفته[٢].

ويقاس عليه المجنون.

(١) سورة الأنعام الآية: ١٥٢، والإسراء الآية: ٣٤.
(٢) المبسوط ٢٨/ ٢٩.

المبحث الثامن

مضاربة الوصي أو القاضي بمال الصغير أو المجنون

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مضاربة الوصي أو القاضي بنفسه في مال الصغير أو المجنون.

المطلب الثاني: دفع الوصي أو القاضي مال الصغير أو المجنون إلى غيره مضاربة.

المطلب الأول: مضاربة الوصي أو القاضي بنفسه في مال الصغير أو المجنون

وفيه مسالتان:

المسألة الأولى: ملكية الوصي أو القاضي للمضاربة بنفسه في مال الصغير أو المجنون.

المسالة الثانية: هل يستحق الوصي أو القاضي شيئاً من الربح إذا ضارب في مال الصغير أو المجنون؟

المسألة الأولى: ملكية الوصي أو القاضي للمضاربة بنفسه في مال الصغير أو المجنون

إذا كان عند الوصي أو القاضي مال للصغير أو المجنون، فهل يملك الاتجار به بنفسه بالمضاربة به، أو لا يملك ذلك؟

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على ملكية الوصي أو القاضي للمضاربة بنفسه في مال الصغير أو المجنون إذا كان ذلك في المواضع الآمنة.

فقد قال بذلك الحنفية(١)، والمالكية(٢).

والشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

---

(١) المبسوط ٢٨/ ٢٨، فتاوى قاضيخان ٣/ ١٩١، مجمع الضمانات ص ٤٠١، البحر الرائق ٨/ ٤٦٨، آداب الأوصياء ٢/ ٤٨، ٢٣٢، الفتاوى البزازية ٦/ ٤٤٥.

(٢) المدونة ٥/ ٣١٤، الكافي لابن عبد البر ٢/ ١٠٣٣.

(٣) روضة الطالبين ٥/ ١٢٤، حاشية الجمل ٣/ ٣٤٨.

(٤) مسائل الإمام أحمد لابنه عبد الله، ص ٢٩٤، ومسائله لأبي داود ص ٢١٣، العمدة ص ٣٠٢، الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢٠، الفروع ٤/ ٣٢١، المبدع ٤/ ٣٣٨، الإنصاف ٥/ ٣٢٧.

الأدلة:

استدلوا بأدلةٍ من السنة، والآثار، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

١. ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله ﷺ خطب الناس، فقال: «ألا من ولي يتيماً له مال فليتجر فيه، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة»[١].

٢. ما رواه أنس بن مالك ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ : «اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة»[٢].

وجه الاستدلال بهذين الحديثين:

أن النبي ﷺ أمر بالاتجار بمال اليتيم، والمضاربة نوع من الاتجار، فيملكها الوصي والقاضي[٣].

ولكن حديث عمرو بن شعيب ضعيف، والصحيح أنه موقوف على عمر بن الخطاب ﷺ كما سبق في تخريجه.

ثانياً: من الآثار:

ما روي أن الزهري سئل عن مال اليتيم كيف يصنع؟ قال: كل ذلك كان يفعل، منهم من كان يستلفه فيحرزه من الهلاك، ومنهم من كان يقول: إنما هي وديعة، فلا أتركها حتى أؤديها إلى صاحبها، ومنهم من

---

(١) سبق تخريجه ص ٧٤٨.

(٢) سبق تخريجه ص ٧٤٩.

(٣) البحر الرائق ٨/ ٤٦٨، حاشية شلبي على تبيين الحقائق ٦/ ٢١٢.

كان يأخذها مقارضة، وكل ذلك إلى النية[1].

فالظاهر أنه يقصد بذلك فعل الصحابة -رضي الله عنهم أجمعين-.

وهذا الأثر واضح الدلالة.

ثالثاً: من المعقول:

أن مضاربة الوصي أو القاضي في مال الصغير أو المجنون أحفظ له؛ لتكون نفقته من فاضل ربحه، كما يفعله البالغون العقلاء في أموالهم[2].

المسألة الثانية: هل يستحق الوصي أو القاضي شيئاً من الربح إذا ضارب في مال الصغير أو المجنون؟

تقدم في المسألة السابقة ظهور اتفاق أصحاب المذاهب الأربعة على ملكية الوصي أو القاضي للمضاربة بمال الصغير أو المجنون في المواضع الآمنة، ولكن هل يستحق جزءاً من الربح إذا فعل، أو لا يستحق شيئاً؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الوصي أو القاضي إذا ضارب في مال الصغير أو المجنون لا يستحق شيئاً، بل الربح كله لهما.

وبهذا قال المالكية[3]، وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة[4].

---

(١) رواه عبد الرزاق عن معمر عن الزهري في كتاب الزكاة باب كيف يصنع بمال اليتيم وليه ٤/ ٧٠، اثر رقم ٧٠٠٠، ورواته ثقات؛ لأن معمر ها هو معمر بن راشد الأزدي، وهو ثقة، قال عنه ابن حجر في التقريب ٢/ ٢٦٦: «ثقة، ثبت، فاضل، إلا أن في روايته عن ثابت، والأعمش وهشام بن عروة شيئا، وكذا فيما حدث به بالبصرة» وهذا الأثر ليس من ذلك كما هو ظاهر من إسناده السابق، والزهري هو محمّد بن شهاب الحافظ، الثقة المشهور.

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢٠، العدة ص ٣٠٢.

(٣) المدونة ٥/ ٣١٤، الكافي لابن عبد البر ٢/ ١٠٣٣.

(٤) الشرح الكبير ٤/ ٥٢١، الفروع ٤/ ٣٢١، المبدع ٤/ ٣٣٨، الإنصاف ٥/ ٣٢٧.

القول الثاني: أن الوصي أو القاضي إذا ضارب في مال الصغير أو المجنون يستحق جزء من الربح حسب ما عقد مع نفسه.

وهذا هو الظاهر من قول الحنفية حيث جاء في الفتوى البزازية: «وللوصي أن يأخذ مال اليتيم مضاربة»[١] فيظهر من الأخذ هو الأخذ بجزء من الربح.

وبه قال بعض الحنابلة[٢].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الربح نماء مال اليتيم والمجنون، فلا يستحقه غيره إلا بعقد، ولا يجوز أن يعقد الولي مع نفسه؛ للتهمة[٣].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الوصي أو القاضي يملك دفع مال الصغير أو المجنون إلى غيره مضاربة بجزء من ربحه، فكذلك يملك أخذه بذلك[٤].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن مقتضاه قياس العقد مع النفس على العقد مع

---

(١) الفتاوى البزازية ٦/ ٤٤٥.

(٢) الشرح الكبير ٤/ ٥٢١، المبدع ٤/ ٣٣٨، الإنصاف ٥/ ٣٢٧.

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢١، المبدع ٤/ ٣٣٨، كشاف القناع ٣/ ٤٤٩.

(٤) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢١، المبدع ٤/ ٣٣٨.

غيرها وهو قياس مع الفارق؛ لأن العقد مع النفس محل للتهمة بالمحاباة، فلا يصح، بخلاف العقد مع غيرها.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن الوصي أو القاضي إذا ضارب في مال الصغير أو المجنون فإنه لا يستحق شيئاً من الربح، بل كله للصغير أو المجنون؛ لما استدلوا به، ولأن الاتجار بمال الصغير أو المجنون بالمضاربة فيه فعل خير وطاعة فالأولى التبرع به؛ لأن ذلك أكمل للأجر.

على أن هذا لا يمنع الأكل منه إذا كان الولي فقيراً كما سيأتي -إن شاء الله تعالى-.

المطلب الثاني: دفع الوصي أو القاضي مال لصغير أو المجنون إلى غيره مضاربة

إذا كان للصغير أو المجنون مال وأراد الوصي أو القاضي دفعه إلى غيره مضاربة إما لانشغاله عن المضاربة به بنفسه، أو لكونه لا يحسن المضاربة، أو نحو ذلك، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه، وهل يشترط لذلك شروط؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الوصي أو القاضي يملك دفع مال الصغير أو المجنون إلى غيره مضاربة بشرط أن يكون المدفوع إليه أميناً.

وبهذا قال الحنفية[١]، والمالكية[٢].

وبه قال الشافعية[٣]، والإمام أحمد في الرواية المشهورة عنه، وهو الصحيح من مذهبه، وعليه أصحابه[٤].

القول الثاني: أن الوصي أو القاضي لايملك دفع مال الصغير أو المجنون إلى غيره مضاربة مطلقاً.

وبهذا قال الإمام أحمد في رواية عنه[٥].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بادلة من الكتاب، والسنة والآثار، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من الكتاب:

قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ..﴾[٦] الآية.

---

(١) المبسوط ٢٨/٢٨-٢٩، مجمع الضمانات ص ٤٠٠، مجمع الأنهر ٢/٧٢٥، جامع الفصولين ٢/٢٠، الفتاوى البزازية ٦/٤٤٥.

(٢) الكافي لابن عبد البر ٢/١٠٣٣، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/٦٣، شرح الخرشي ٥/٢٣٦.

(٣) روضة الطالبين ٦/٣٢٣، حاشية الجمل ٣/٣٤٨، ٥١٤، مغني المحتاج ٢/٣١٤.

(٤) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/٥٢٠، المحرر ١/٣٤٧، الفروع ٤/٣٢١، المبدع ٤/٣٣٨، الإنصاف ٥/٣٢٧، غاية المنتهى ٢/١٣٨.

(٥) الإنصاف ٥/٣٢٧.

(٦) سورة البقرة الآية: ٢٢٠.

فقد نص الكيا الهراسي[1] على الاستدلال بها على ذلك حيث قال: «وقوله تعالى: ﴿إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ..﴾ الآية يدل على أن للوصي أن يدفع مال اليتيم مضاربة»[2].

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذه الآية الكريمة بأن الله -سبحانه وتعالى- نهى عن قربان مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن، ودفعه مضاربة قربان له بالتي هي أحسن؛ لأنه يحصل بها تنمية وتحقيق الربح فيه.

ومثله المجنون.

ثانياً: من السنة:

استدلوا بحديثي عمرو بن شعيب، وأنس بن مالك اللذين تقدما في المطلب السابق.

ثالثاً: من الآثار:

١. ما رواه القاسم بن محمّد قال: كنا يتامى في حجر عائشة -رضي الله عنها- فكانت تزكي أموالنا، ثم بعثته مقارضة فبورك لما فيه[3].

---

(١) هو علي بن محمّد الطبري، عماد الدين، أبو الحسن، المعروف بالكيا الهراسي، كان إماما قوي البحث، دقيق التفكير، ذكيا فصيحاً، برع في الفقه، والأصول، والخلاف، ودرّس في النظامية ببغداد، له مصنفات منها: أحكام القرآن، ونقد مفردات الإمام أحمد، توفي سنة ٥٠٤ هـ.
(طبقات الشافعية للسبكي ٤/ ٢٨١-٢٨٢،طبقات الشافعية للإسنوي ٢/ ٢٩٢-٢٩٤).

(٢) أحكام القرآن ٣/ ١٢٨.

(٣) سبق تخريجه ص ٧٤٩.

٢. ما روى أن عمر بن الخطاب ﷺ قال لعثمان بن أبي العاص:

إن عندنا أموال يتامى قد خشينا أن يأتي عليها الصدقة، فخذها فاعمل بها، فخرج، فربح ثمانين ألفاً، قال: فقال عمر: كانت تمر عليكم اللؤلؤة فتقول: هذه لأمير المؤمنين، ردّوا إلينا رؤوس أموالنا[1].

وهذان الأثران واضحا الدلالة.

رابعاً: من المعقول:

الآية، وقال -تعالى-: الآية

١. أن المأمور به في مال اليتيم ما يكون أصلح له وأحسن، قال تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ..﴾[2] الآية، وقال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ..﴾[3] الآية، وقد يكون الأصلح والأحسن في تفويض التصرف في ماله إلى غير الوصي أو القاضي بالمضاربة لعجزه عن مباشرته بنفسه إما لكثرة إنشغاله، أو لقلة معرفته[4].

٢. أن دفع الوصي أو القاضي مال الصغير أو المجنون إلى غيره مضاربة أحفظ له؛ لتكون نفقته من فاضل ربحه، كما يفعله

---

(١) سبق تخريجه ص ٧٥٠.

(٢) سورة البقرة الآية: ٢٢٠.

(٣) سورة الأنعام الآية: ١٥٢، والإسراء الآية: ٣٤.

(٤) المبسوط ٢٨/٢٩.

البالغون العقلاء في أموالهم[١].

٣.أن الوصي أو القاضي نائب عن الصغير أو المجنون فيما فيه مصلحة، وهذا من مصلحته؛ لما فيه استبقاء ماله، فيملك فيه النيابة عنه[٢].

دليل القول الثاني:

يمكن الاستدلال لأصحاب هذا القول بما يلي:

أن مال الصغير أو المجنون إنما جعل بيد الوصي أو القاضي ليكون محفوظا عنده، وهذا إنما يتحقق إذا كان هو الذي يتصرف فيه بنفسه، فلا يملك دفعة إلى غيره ليتصرف فيه.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن المأمور به كما تقدم في أدلة أصحاب القول الأول ما فيه صلاح مال الصغير أو المجنون، لقول الله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ..﴾[٣] الآية، ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ..﴾[٤] الآية، وقد

(١) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢٠، العدة ص ٣٠٢.

(٢) المبدع ٤/ ٣٣٨، مطالب أولي النهى ٣/ ٤١٠، كشاف القناع ٣/ ٤٤٩.

(٣) سورة البقرة الآية: ٢٢٠.

(٤) سورة الأنعام الآية: ١٥٢، والإسراء الآية: ٣٤.

يكون الأصلح هو دفعه إلى غيره لعجزه عن المضاربة به بنفسه.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية الوصي أو القاضي لدفع مال الصغير أو المجنون إلى غيره مضاربة بشرط أن يكون المدفوع إليه أمينا، لقوة ما استدلوا به، ولما فيه من تحقيق المصلحة المأمور بها في مال الصغير والمجنون.

ومع ذلك فإنه ينبغي للوصي والقاضي أن يتحرى من له خبرة ومعرفة بالمضاربة أملا في تحقيق الربح في المال، لأن ذلك من السعي في مصلحة الصغير والمجنون المأمور بها.

المبحث التاسع
إبضاع الوصي أو القاضي مال الصغير أو المجنون

إذا كان عند الوصي أو القاضي مال للصغير أو المجنون وأراد إبضاعه لغيره بمعنى دفعه لمن يتجر فيه على أن يكون الربح كله للصغير أو المجنون، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟.

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على ملكية الوصي أو القاضي لإبضاع مال الصغير أو المجنون إذا كان المبضع أمينا.

فقد قال بذلك الحنفية[1].

وهو الظاهر من كلام المالكية، والشافعية، لأن القاعدة عندهم أن كل تصرف فيه مصلحة للصغير أو المجنون فإن الوصي أو القاضي يملكه[2]، والمصلحة في الإبضاع ظاهرة.

ولأنهم قالوا بملكية الوصي أو القاضي دفع مال الصغير أو المجنون مضاربة كما سبق، فالإبضاع أولى؛ لأن الربح فيه كله للصغير أو المجنون.

وبه قال الحنابلة[3].

---

(۱) بدائع الصنائع ٥/ ١٥٤، مجمع الضمانات ص ٣٩٦/ ٣٩٨، مجمع الأنهر ٢/ ٧٢٥، آداب الأوصياء ٢/ ٢٣٢، الفتاوى البزازية ٥/ ٢٢١، حاشية الطحاوي ٤/ ٣٤٢.

(٢) أصول الفتيا ص ٤٠٩، القوانين الفقهية ص ٣٢٧، المهذب ١/ ٣٣٥، روضة الطالبين ٤/ ١٨٧.

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢١، الإقناع ٢/ ٢٢٤.

الأدلة:

استدلوا بأدلة من السنة، والآثار، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

١. ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ خطب الناس، فقال: «ألا من ولي يتيما له مال فليتجر فيه، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة»[1].

٢. ما رواه أنس بن مالك ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الصدقة»[2].

وجه الاستدلال بهذين الحديثين:

أن النبي ﷺ أمر فيهما بالاتجار في أموال اليتامى، والإبضاع نوع من أنواع الاتجار، فيملكه الوصي والقاضي[3].

ولكن حديث عمرو بن شعيب ضعيف، والصحيح أنه موقوف على عمر بن الخطاب ﷺ كما سبق[4] في تخريجه.

ثانياً: من الآثار:

ما رواه القاسم بن محمّد قال: كانت عائشة تبضع بأموالنا في البحر، وإنها لتزكيها[5].

---

(١) سبق تخريجه ص ٧٤٨.

(٢) سبق تخريجه ص ٧٤٩.

(٣) حاشية شلبي على تبيين الحقائق ٦/ ٢١٢.

(٤) ص ٦٧٠.

(٥) رواه عبدالرزاق في كتاب الزكاة -باب صدقة مال اليتيم والالتماس فيه وإعطاء زكاته ٤/ ٦٦، الأثر رقم ٦٩٨٣، واللفظ له.
وابن أبي شيبة في كتاب الزكاة -باب ما قالوا في مال اليتيم زكاة ومن كان يزكيه ٣/ ١٤٩.
وأبو عبيد في كتابه الأموال باب صدقة مال اليتيم وما فيه من السنة والاختلاف ص ٤٥٦، الأثر رقم ١٣٠٧.

وهذا الأثر واضح الدلالة.

ثالثاً: من المعقول:

أنه إذا كان الوصي أو القاضي يملك دفع مال الصغير أو المجنون بجزء من ربحه فدفعه إلى من يوفر جميع الربح أولى[1].

(١) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢١.

المبحث العاشر

إجارة الوصي أو القاضي

مال الصغير أو المجنون، والاستئجار له

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إجارة الوصي أو القاضي مال الصغير أو المجنون.

المطلب الثاني: استئجار الوصي أو القاضي لعلاج الصغير أو المجنون.

المطلب الثالث: استئجار الوصي أو القاضي لتعليم الصغير.

المطلب الأول: إجارة الوصي أو القاضي مال الصغير أو المجنون

إذا كان للصغير أو المجنون ما يمكن استثماره بطريق الأجارة كدار، أو محلات تجارية، أو أرض، أو نحو ذلك، فهل يملك الوصي أو القاضي إجارته، أو لا يملكها؟.

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على ملكية الوصي أو القاضي لذلك إذا كانت هذه الإجارة في مصلحة الصغير أو المجنون.

فقد قال بذلك الحنفية، بشرط ألا تكون طويلة[١].

وهو الظاهر من قول المالكية، حيث قالوا بملكية الوصي والقاضي للاتجار بمال الصغير أو المجنون[٢]، والإجارة نوع اتجار، ولأنهم قالوا بملكية الوصي والقاضي لكل تصرف فيه نظر ومصلحة للصغير أو المجنون[٣].

وبه قال الشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

الأدلة:

يمكن الاستدلال لهم بعموم ما يلي:

---

(١) بدائع الصنائع ٤/ ١٧٨، مجمع الضمانات ص ٣٩٩، الأشباه والنظائر، لابن نجيم ص ٢٧٤، آداب الأوصياء ٢/ ١٦٠،١٦٧، آحكام الصغار ١/ ٢١٥.

(٢) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٨٣٣، جواهر الإكليل ٢/ ٣٣٦.

(٣) القوانين الفقهية ص ٣٢٧، الفروق ٤/ ٣٩.

(٤) روضة الطالبين ٥/ ٢٠٥، مغني المحتاج ٢/ ٣٤٩.

(٥) كشف المخدرات ٢/ ١٨، الروض الندي ص ٢٦٧، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٦١.

أولاً: من الكتاب:

قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَيَسْئَلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ..﴾[1] الآية، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ..﴾[2] الآية.

وجه الاستدلال بهاتين الآيتين الكريمتين:

يمكن توجيه الاستدلال بهما بأن الله-سبحانه وتعالى-أمر فيهما بالإصلاح في مال اليتيم وعدم قربانه إلا بالتي هي أحسن، وإجارة ماله إذا كان فيهما مصلحة له كذلك، فيملكها الوصي أو القاضي.

ثانياً: ومن السنة:

ما تقدم[3] من حديثي عمرو بن شعيب، وأنس بن مالك في الأمر بالاتجار بمال اليتيم، والإجارة نوع اتجار.

ويقاس عليه المجنون.

ثالثاً: من المعقول:

استدلوا بما يلي:

أن الوصي والقاضي لهما ولاية التصرف في مال الصغير والمجنون بالبيع، فكذلك بالإجارة[4].

(١) سورة البقرة الآية: ٢٢٠.

(٢) سورة الأنعام الآية: ١٥٢، والإسراء الآية: ٣٤.

(٣) ص ٧٤٩.

(٤) بدائع الصنائع ٤/ ١٧٨، آداب الأوصياء ٢/ ١٦٠، أحكام الصغار ١/ ٢١٥.

المطلب الثاني: استئجار الوصي أو القاضي لعلاج الصغير أو المجنون

قد يصاب الصغير أو المجنون بمرض يحتاج إلى الاستئجار لعلاجه، فهل يملك الوصي أو القاضي الاستئجار لذلك من ماله أي الصغير أو المجنون، أو لا يملكه؟.

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على ملكية الوصي أو القاضي للاستئجار لمعالجة الصغير أو المجنون من ماله.

فهو الظاهر من قول الحنفية، والمالكية، والشافعية حيث إن القاعدة عندهم أن الوصي أو القاضي يملك جميع التصرفات التي يكون فيها حظ ومصلحة للصغير أو المجنون[1]، والمصلحة في المعالجة ظاهرة.

وبه قال الحنابلة[2].

الأدلة:

يمكن الاستدلال لهم بأدلة من الكتاب، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من الكتاب:

قال الله -سبحانه وتعالى- : ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ..﴾[3] الآية.

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ١٣٥، أصول الفتيا ص ٤٠٩، الفروق ٤/ ٣٩، المهذب ١/ ٣٣٥، روضة الطالبين ٤/ ١٨٧.

(٢) الفروع ٤/ ٣٢١، الإنصاف ٥/ ٣٣١، غاية المنتهى ٢/ ١٣٩، كشاف القناع ٣/ ٤٥٠.

(٣) سورة البقرة الآية: ٢٢٠.

وقال -سبحانه-: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ..﴾[1] الآية.

وجه الاستدلال بهاتين الآيتين الكريمتين:

يمكن توجيه الاستدلال لهما بأن الله -سبحانه وتعالى- أمر بالإصلاح في مال اليتيم، ونهى عن قربانه إلا بالتي هي أحسن، والاستئجار منه لعلاجه إصلاح فيه، وقربان بالتي هي أحسن، لما فيه من المصلحة الظاهرة له، فيملكه الوصي والقاضي.

ثانياً: من المعقول:

أن الوصي أو القاضي يملك الإنفاق على الصغير والمجنون من ماله في الأكل، والشرب واللباس، ونحو ذلك بالإنفاق، فالإنفاق عليه في العلاج أولى، لأن الحاجة إليه أشد.

والذي يظهر لي -والله أعلم- أنه إن كان المرض مما قد يؤدي بالصغير أو المجنون إلى الوفاة فإن الاستئجار لعلاجه واجب، لأن ماله لم يرصد إلا لقضاء حوائجه والانتفاع به، وليس هناك ألزم وأنفع من بذله للإبقاء على حياته.

المطلب الثالث: استئجار الوصي أو القاضي لتعليم الصغير

إذا كان الصغير يحتاج إلى معلم يعلمه ما ينفعه من أمور دينه ودنياه

---

(١) سورة الأنعام الآية: ١٥٢، والإسراء الآية: ٣٤.

فهل يملك الوصي الاستئجار من ماله -أي مال الصغير- من يعلمه ذلك، أو لا يملكه؟.

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على ملكية الوصي والقاضي للاستئجار لتعليم الصغير من ماله.

فقد قال بذلك الحنفية[١].

وهو الظاهر من قول المالكية حيث إن القاعدة عندهم أن الوصي أو القاضي يملك جميع التصرفات التي فيها مصلحة للصغير[٢]، والمصلحة في التعليم ظاهرة.

وبه قال الشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

الأدلة:

يمكن الاستدلال لهم بما يلي:

قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ..﴾[٥] الآية.

وقال -سبحانه وتعالى-: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ

---

(١) مجمع الضمانات ص ٣٩٨، حاشية الطحاوي ٤/ ٣٤٨.

(٢) أصول الفتيا ص ٤٠٩، الفروق ٤/ ٣٩.

(٣) فتح الجواد ١/ ٤٨٣.

(٤) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢٤، المحرر ١/ ٣٤٧، الفروع ٤/ ٣٢١، الإنصاف ٥/ ٣٣١، غاية المنتهى ٢/ ١٣٩.

(٥) سورة البقرة الآية: ٢٢٠.

أَحْسَنُ..﴾[١] الآية.

وجه الاستدلال بهاتين الآيتين:

يمكن توجيه الاستدلال بهما بأن الله -سبحانه وتعالى- أمر بالإصلاح في مال اليتيم، ونهى عن قربانه إلا بالتي هي أحسن، والاستئجار منه لتعليمه إصلاح فيه، وقربان له بالتي هي أحسن، لأنه إنفاق له في مصلحته، فيملكه الوصي والقاضي.

واستدلوا بما يلي:

أن تعليم الصغير من مصالحه، فجرى مجرى نفقته لمأكوله وملبوسه في الإنفاق من أجله[٢].

والذي يظهر -والله أعلم- أن هذا فيما إذا لم يجد الوصي أو القاضي من يعلم مجانا، أو وجد ولكن تبين له أن ما يعلم يشتمل على ما يضر بالصغير من تعليم أفكار هدامة باطلة، أو نحو ذلك، أما إذا وجد مجانا ما يماثل المستأجر من جهة الاستقامة وصلاح ما يعلم كما هو موجود في بلادنا -ولله الحمد- فإنه لا يملك الاستئجار، لعدم المصلحة.

ويجب على الوصي والقاضي أن يختار للصغير المعلم الثقة، الأكثر علما، صحيح الأفكار والمعتقد حفاظا على عقيدة الصغير وصحة أفكاره.

---

(١) سورة الأنعام الآية: ١٥٢، والإسراء الآية: ٣٤.

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٤٢، كشف القناع ٣/ ٤٥٠.

المبحث الحادي عشر

إعارة الوصي أو القاضي مال الصغير أو المجنون

إذا كان مال الصغير أو المجنون يشتمل على ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كدابة، أو سيارة، أو نحو ذلك، فهل يملك الوصي أو القاضي إعارته، أو لا يملكها؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الوصي أو القاضي لا يملك إعارة المال الصغير أو المجنون.

وبهذا قال بعض الحنفية[1].

وهو مقتضى قول المالكية، والشافعية حيث اشترطوا لصحة الإعارة أن يكون المعير مالكا للعين أو المنفعة[2]، والوصي أو القاضي لا يملك ذلك، بل هو ملك للصغير أو المجنون.

كما أنه مقتضى قول الحنابلة حيث اشترطوا لصحة الإعارة أن يكون المعير أهلاً للتبرع[3]، والوصي أو القاضي لا يملك التبرع من مال الصغير أو المجنون كما سيأتي في مسألة الهبة بدون عوض إن -شاء الله-.

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ١٥٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٧٤.

(٢) بداية المجتهد ٢/ ٣١٣، القوانين الفقهية ص ٣٧٨، روضة الطالبين ٤/ ٤٢٦، مغني المحتاج ٢/ ٢٦٤.

(٣) الإقناع ٢/ ٣٣١، كشف المخدرات ٢/ ٢٦، الروض الندي ص ٢٧٤.

القول الثاني: أن الوصي أو القاضي يملك إعارة مال الصغير أو المجنون.

وبه قال بعض الحنابلة(١).

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الإعارة تمليك المنفعة بغير عوض، فتكون ضررا بالصغير أو المجنون، فلا يملكها الوصي أو القاضي(٢).

وهذا الدليل مبني على القول بأن الإعارة تفيد التمليك، ولكن الراجح كما سبق(٣) أنها تفيد الإباحة.

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الوصي أو القاضي يملك الاتجار بمال الصغير أو المجنون، والإعارة من توابع التجارة وضروراتها، فتملك بملك التجارة، ولهذا يملكها المأذون له في التجارة(٤).

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه ليس كل ما هو من التجارة يملكه الوصي أو

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ١٥٤، جامع الفصولين ٢/ ١٥- آداب الأوصياء ٢/ ١٧٠ لسان الحكام ص ٤٢٤، الدر المنتقى ٢/ ٧٢٥.

(٢) بدائع الصنائع ٥/ ١٥٤.

(٣) ص ٥٢١.

(٤) بدائع الصنائع ٥/ ١٥٤.

القاضي، بل لا يملك منها إلا ما كان فيه مصلحة للصغير أو المجنون، والإعارة ليس فيها مصلحة لهما، لأنها تبرع بالمنفعة بدون عوض.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الوصي أو القاضي لإعارة مال الصغير أو المجنون؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن الولي مأمور بالإصلاح في مال المولى عليه؛ لقول الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ..﴾[1] ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ..﴾[2] الآية، وليس في إعارة ماله إصلاح له؛ لأنها تبرع بالمنفعة بدون عوض، ولأن الوصي أو القاضي لا يملك التبرع بعين مال الصغير أو المجنون -كما سيأتي في مسألة الهبة بدون عوض- فكذلك لا يملك التبرع بمنفعته.

---

(١) سورة البقرة الآية: ٢٢٠.

(٢) سورة الأنعام الآية: ١٥٢، والإسراء الآية: ٣٤.

المبحث الثاني عشر
طلب الوصي أو القاضي
الشفعة للصغير أو المجنون والأخذ بها

إذا كان لصغير أو المجنون شقص في عقار فباع شريكه فيه نصيبه، فهل يملك الوصي أو القاضي طلب الشفعة له والأخذ بها، أولا يملك ذلك؟

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على وجوب طلب الشفعة والأخذ بها على الوصي أو القاضي إذا كان فيها حظ للصغير أو المجنون كأن يكون الشراء رخيصا، أو بثمن المثل وللصغير أو المجنون مال لشراء العقار، أو نحو ذلك.

فقد قال بذلك الحنفية(١)، والمالكية(٢)، والشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

الأدلة:

استدلوا بأدلة من الكتاب، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من الكتاب:

قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَٰمَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ..﴾(٥) الآية.

---

(١) أحكام الصغار ١/ ٢٤٤، آداب الأوصياء ٢/ ٢٤٠-٢٤١.
(٢) شرح الخرشي ٥/ ٢٩٨، الشرح الصغير ٢/ ١٤٢، جواهر الإكليل ٢/ ١٠٠.
(٣) المهذب ١/ ٣٣٦، الوجيز ١/ ١٧٧، روضة الطالبين ٤/ ١٨٩، مغني المحتاج ٢/ ١٧٦، أسنى المطالب ٢/ ٣١٣.
(٤) المغني ٥/ ٤٩٦، المبدع ٥/ ٢١٢.
(٥) سورة البقرة الآية: ٢٢٠.

وجه الاستدلال:

أن الله -سبحانه وتعالى- أمر في هذه الآية الكريمة بالإصلاح في مال اليتيم، فيدخل في عموم ذلك طلب الشفعة والأخذ بها إذا كان فيه مصلحة، فيكون مأمورا به، فيجب على الوصي أو القاضي[1].

ثانيا: من المعقول:

أنه يجب على الوصي أو القاضي الاحتياط للصغير أو المجنون والأخذ بما فيه الحظ له، ومن ذلك طلب الشفعة والأخذ بها[2].

أما إذا لم يكن في طلب الشفعة والأخذ بها حظ للصغير أو المجنون مثل أن يكون المشتري قد غبن، أو كان الأخذ بها يحتاج إلى أن يستقرض الوصي أو القاضي ويرهن مال الصغير أو المجنون فاختلف الفقهاء في ملكية الوصي أو القاضي للأخذ بها على قولين:

القول الأول: أن الوصي أو القاضي لا يملك الأخذ بالشفعة إذا لم يكن فيها حظ للصغير أو المجنون، ولا يصح.

وهذا هو الظاهر من قول الحنفية[3]، وبه قال الشافعية[4].

وهو رواية عن الإمام أحمد، وهو القول الصحيح عند أصحابه[5].

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ١٧٦، أسنى المطالب ٢/ ٣١٣.

(٢) المغني ٥/ ٤٩٦.

(٣) أحكام الصغار ١/ ٢٤٤، آداب الأوصياء ٢/ ٢٤٠-٢٤١.

(٤) المهذب ١/ ٣٣٦، الوجيز ١/ ١٧٧، روضة الطالبين ٤/ ١٨٩، مغني المحتاج ٢/ ١٧٦، حاشية الجمل ٣/ ٣٤٨.

(٥) المغني ٥/ ٤٩٧، المبدع ٥/ ٢١٢.

القول الثاني: أن الوصي أو القاضي يملك الأخذ بالشفعة وتركها وإن لم يكن فيها حظ للصغير أو المجنون، ويصح.

وهذا هو الظاهر في قول المالكية[١].

جاء في شرح منح الجليل: « (وللولي) الأب أو غيره (ترك التشفع) أي الأخذ بالشفعة لمحجوره في الشقص الذي باعه شريكه من عقار قابل للقسمة إن كان الترك نظرا...»[٢].

فظاهر قوله (للولي) جواز الأخذ والترك.

وبه قال الإمام أحمد في رواية عنه[٣].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

أولاً: استدل أصحاب هذا القول على عدم ملكية الوصي أو القاضي الأخذ بالشفعة إذا لم يكن فيها حظ للصغير أو المجنون بأدلة من الكتاب، والمعقول، وهي كما يلي:

فمن الكتاب:

قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ..﴾[٤] الآية.

---

(١) شرح الخرشي ٥/ ٢٩٨، الشرح الصغير ٢/ ١٤٢، جواهر الإكليل ٢/ ١٠٠.

(٢) شرح منح الجليل ٣/ ١٨٣-١٨٤.

(٣) المغني ٥/ ٢٩٨.

(٤) سورة الأنعام الآية: ١٥٢، والإسراء الآية: ٣٤.

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذه الآية الكريمة بأن الله -سبحانه وتعالى- نهى عن قربان مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن، وطلب الوصي أو القاضي للشفعة والأخذ بها إذا لم يكن في مصلحة اليتيم قربان لماله بغير التي هي أحسن، فيكون داخلا في عموم النهي في الآية، فلا يجوز.

ومن المعقول:

أن الوصي أو القاضي لا يملك التصرف في مال الصغير أو المجنون إذا لم يكن فيه حظ له، ومن ذلك طلب الشفعة والآخذ بها إذا كانت كذلك[1].

ثانياً: واستدلوا على عدم صحة الأخذ بما يلي:

أن الوصي أو القاضي، بأخذه الشفعة إذا يكن فيها حظ للصغير أو المجنون يكون اشترى ما لا يملك شراءه، فلم يصح، كما لو اشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل، أو اشترى معيبا يعلم عيبه[2].

أدلة القول الثاني:

أولاً: يمكن الاستدلال لهم على ملكية الأخذ بالشفعة وتركها بما يلي:

أن الوصي أو القاضي يملك الاتجار بمال الصغير أو المجنون، والأخذ بالشفعة من توابع التجارة، ومن أعمال التجار، فيملكها.

---

(١) المغني ٥/ ٤٩٧.

(٢) المرجع السابق.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الوصي أو القاضي لا يملك الاتجار المطلق، بل لا يملك من التصرفات إلا ما كان في مصلحة الصغير أو المجنون، ومن ذلك الأخذ بالشفعة.

ثانياً: واستدل أصحاب هذا القول على صحة الأخذ بما يلي:

أن الوصي أو القاضي بأخذه بالشفعة يشتري للصغير أو المجنون ما يندفع عنه الضرر به، فصح، كما لو اشترى معيباً لا يعلم عيبه، والحظ يختلف ويخفى فقد يكون له الحظ في الأخذ بأكثر من ثمن المثل لزيادة قيمة ملكه والشقص الذي يشتريه بزوال الشركة، أو لأن الضرر الذي يندفع بأخذه كثير، فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لخفائه ولا بكثرة الثمن لذلك، فسقط اعتباره[1].

مناقشه هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الوصي أو القاضي مأمور بعمل ما فيه حظ للصغير أو المجنون وهو مطالب بالاجتهاد في ذلك حسبما يظهر له حين التصرف، وأما ما كان خافيا فلا يطالب به؛ لأنه تكليف له بما لا يطيق، ولا مانع من الأخذ إذا كان فيه حظ ومصلحة للصغير أو المجنون لو كان الشراء بأكثر من ثمن المثل، وكأن يندفع به ضرر أكثر مما حصل بالزيادة على ثمن المثل، أو نحو ذلك.

---

(١) المغني ٥/ ٤٩٧.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الوصي أو القاضي لطلب الشفعة والأخذ بها إذا لم يكن فيها حظ للصغير أو المجنون، ولا يصح؛ لقوة ما استدلوا به، ولكن الحظ لا يقتصر على ما إذا كان الشراء بثمن المثل أو أقل، بل متى رأى الحظ في الأخذ أخذ ولو كان الشراء بأكثر من ثمن المثل، كدفع ضرر أكبر، أو زيادة كبيرة في قيمة العقار بزوال التشقيص، أو ما أشبه ذلك.

المبحث الثالث عشر

إيداع الوصي أو القاضي مال الصغير أو المجنون

إذا كان عند الوصي أو القاضي ما للصغير أو المجنون فأراد إيداعه عند غيره إما لخوف عليه من نهب، أو حريق، أو غرق، أو لإرادته السفر، أو لغير ذلك، فهل يملك ذلك مطلقا، أو لا يملكه إلا بشروط؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الوصي أو القاضي لا يملك إيداع مال الصغير أو المجنون إلا بشرطين:

الأول: أن تكون هناك حاجة إلى الإيداع، كالخوف على المال من نهب، أو حريق، أو غرق، أو أراد الوصي أو القاضي السفر وخاف عليه.

الثاني: أن يكون الإيداع عند ثقة.

وهذا هو الظاهر من قول المالكية حيث بملكية الوصي أو القاضي لكل تصرف فيه مصلحة للصغير والمجنون[1]، والإيداع كذلك إذا توفر فيه هذان الشرطان.

وبه قال الشافعية[2]، والحنابلة[3].

---

(١) القوانين الفقهية ص ٣٢٧، الفروق ٤/ ٣٩.

(٢) المهذب ١/ ٣٣٦، روضة الطالبين ٤/ ١٩١، مغني المحتاج ٢/ ١٧٥، أسنى المطالب ٢/ ٢١٤، واشترط بعضهم شرطا ثالث وهو ألا يمكن الوصي أو القاضي إقراضه.

(٣) الكافي لابن قدامة ٢/ ١٩١، الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥٢٢، الفروع ٤/ ٣٢٠، المبدع ٤/ ٣٣٩، التوضيح ص ١٩٣، غاية المنتهى ٢/ ١٣٩.

القول الثاني: أن الوصي أو القاضي يملك إيداع مال الصغير أو المجنون.

وبهذا قال الحنفية[١].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن في إيداع الوصي أو القاضي مال الصغير أو المجنون إخراجاً له من يده، فلا يملكه إلا لحاجة ولثقة[٢].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الوصي قائم مقام الموصي فيما له من ولاية التصرف في مال الصغير أو المجنون، والإيداع يدخل في هذا، وقد يعجز عن الحفظ بنفسه؛لكثرة أشغاله، فيملك الإيداع عند غيره[٣].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الموصي لا يملك من التصرفات في مال الصغير أو المجنون إلا ما كان فيه مصلحة له، والإيداع إذا لم يتوفر فيه ما ذكره أصحاب القول الأول من الشروط فليس فيه مصلحة للصغير أو المجنون

---

(١) المبسوط ٢٨/٢٨، بدائع الصنائع ٥/ ١٥٤، فتاوى قاضيخان ٣/ ٢٧٥، مجمع الضمانات ص ٣٩٦، أحكام الصغار ١/ ١٦٩، لسان الحكام ص ٤٢٢.

(٢) المهذب ١/ ٣٣٦.

(٣) المبسوط ٢٨/٢٨.

فلا يملكه الموصى، وبما أن الوصي قائم مقامه فحكمه حكمه.

ولم أطلع على دليل لهم بالنسبة للقاضي.

التر جيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الوصي أو القاضي لايداع مال الصغير أو المجنون إلا بشرطين:

الأول: أن تكون هناك حاجة إلى الإيداع، كالخوف على المال من نهب أو حريق، أو غرق، أو أراد الوصي أو القاضي السفر وخاف عليه.

الثاني: أن يكون الإيداع عنه ثقة.

وذلك لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من الحفاظ على مال الصغير أو المجنون من الضياع نتيجة تناقل الأيدي له دون حاجة، ولأن المطلوب من الوصي والقاضي هو الاتجار بمال الصغير أو المجنون طلبا للربح فيه لا حبسه بالإيداع إلا لحاجة.

المبحث الرابع عشر

هبة الوصي أو القاضي من مال الصغير أو المجنون

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: هبة الوصي أو القاضي من مال الصغير أو المجنون بدون عوض.

المطلب الثاني: هبة الوصي أو القاضي من مال الصغير أو المجنون بعوض.

المطلب الأول: هبة الوصي أو القاضي من مال الصغير أو المجنون بدون عوض

إذا كان للصغير أو المجنون مال فأراد الوصي أو القاضي أن يهب منه بدون عوض، إما بقصد التقرب والتودد إلى أحد، أو لغير ذلك من المقاصد، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على عدم ملكية الوصي أو القاضي لذلك.

فقد قال بذلك الحنفية[١]، والمالكية[٢].

والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

الأدلة:

استدلوا بأدلة من الكتاب، والسنة، والمعقول، وهي كما يلي:

أولا: من الكتاب:

١- قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ..﴾[٥] الآية.

---

(١) بدائع الصنائع ٥/١٥٣، آداب الأوصياء ٢/٢٢٩، مجمع الضمانات ص ٤٠١.

(٢) القوانين الفقهية ص ٣٢٥، مواهب الجليل ٥/ ٧٠، شرح الخرشي ٥/٢٩٧.

(٣) المهذب ١/ ٣٣٥، روضة الطالبين ٤/ ١٨٩، أسنى المطالب ٢/٢١٣، مغني المحتاج ٢/ ٣٩٩.

(٤) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥١٩، المذهب الأحمد ص ٩٩، الفروع ٤/ ٣١٩، المبدع ٤/ ٣٣٧، التنقيح المشبع ص ٢٦٦، غاية المنتهى ٢/ ١٣٨.

(٥) سورة البقرة الآية: ٢٢٠.

٢- وقال -سبحانه وتعالى-: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ..﴾[(١)] الآية.

وجه الاستدلال بهاتين الآيتين الكريمتين:

يمكن توجيه الاستدلال بهما بأن الله -سبحانه وتعالى- أمر بالإصلاح في مال اليتيم، ونهى عن قربانه إلا بالتي هي أحسن، وهبته بدون عوض ليست إصلاحا فيه، ولا قرباناً له بالتي هي أحسن؛ لأنه يترتب عليها خروج شيء من ماله بدون مقابل، فلا يملكها الوصي والقاضي.

ثانياً: من السنة:

ما رواه عبادة بن الصامت ﷺ أن رسول الله ﷺ قضى أن «لا ضرر ولا ضرار»[(٢)].

وجه الاستدلال:

حيث نهى رسول الله ﷺ في هذا الحديث عن إضرار الإنسان بغيره، وفي هبة الوصي أو القاضي لمال الصغير أو المجنون بدون عوض إضرار به، فيكون منهيا عنه[(٣)].

ثالثاً: من المعقول:

أن في هبة الوصي أو القاضي مال الصغير أو المجنون بدون عوض

---

(١) سورة الأنعام الآية: ١٥٢، والإسراء الآية: ٣٤.

(٢) سبق تخريجه ص ٨٠٧.

(٣) المهذب ١/ ٣٣٥، الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٥١٩.

إزالة لملكه من غير عوض، فكان ضررا محضا، فلا يجوز[١].

المطلب الثاني: هبة الوصي أو القاضي من مال الصغير أو المجنون بعوض

إذا كان للصغير أو المجنون مال فأراد الوصي أو القاضي أن يهب منه مقابل عوض من الموهوب له، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟ وهل يشترط لملكيته شروط؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الوصي أو القاضي لا يملك هبة مال الصغير أو المجنون بعوض إلا أن يكون العوض مثل قيمة الموهوب أو أكثر.

وهذا هو الظاهر من قول محمّد بن الحسن من الحنفية[٢]، والظاهر من قول المالكية، حيث قالوا بملكية الوصي أو القاضي لبيع مال الصغير والمجنون بقيمته[٣]، وبه قال الحنابلة[٤].

القول الثاني: أن الوصي أو القاضي لا يملك هبة مال الصغير أو المجنون بعوض إلا أن يكون في العوض غبطة، أي أكثر من قيمة الموهوب.

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ١٥٣.

(٢) بدائع الصنائع ٥/ ١٥٣، آداب الأوصياء ٢/ ٢٢٩.

(٣) الكافي لابن عبد البر ٢/ ١٠٣٣.

(٤) الفروع ٤/ ٣١٩، المبدع ٤/ ٣٣٨، التوضيح ص ١٩٣، غاية المنتهى ٢/ ١٣٩، كشاف القناع ٣/ ٤٥٠.

وبهذا قال الشافعية[١].

القول الثالث: إن الوصي أو القاضي لا يملك هبة مال الصغير أو المجنون مطلقا.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة، وصاحبه أبو يوسف[٢].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية الهبة إذا كان العوض أقل من قيمة الموهوب بما يلي:

أن الهبة إذا كانت بعوض أقل من قيمة الموهوب ففيها محاباة، والوصي أو القاضي لا يملك من التصرفات ما فيه محاباة[٣].

ثانياً: واستدلوا على ملكية الهبة إذا كان العوض مثل قيمة الموهوب أو أكثر، بما يلي:

أن الهبة بعوض معاوضة مال بمال، فكانت في معنى البيع، فيملكها الوصي أو القاضي كما يملك البيع[٤].

---

(١) روضة الطالبين ٤/ ١٨٩ـ أسنى المطالب ٢/ ٢١٣.

(٢) بدائع الصنائع ٥/ ١٥٣، مجمع الضمانات ص ٤٠١.

(٣) كشاف القناع ٣/ ٤٥٠.

(٤) بدائع الصنائع ٥/ ١٥٣.

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول على ملكية الوصي أو القاضي للهبة بعوض إذا كان أكثر من قيمة الموهوب بما استدل به أصحاب القول على ملكيته للهبة بعوض إذا كان مثل قيمة الموهوب فأكثر[1].

كما أن الظاهر من كلامهم أنهم يستدلون بأن تصرف الوصي أو القاضي في مال الصغير أو المجنون منوط بالمصلحة، ولا مصلحة لهما في الهبة إلا إذا كانت بعوض أكثر من قيمتها.

مناقشة هذا الدليل:

ولكن يمكن مناقشة ذلك بأن المصلحة لا تنحصر بما إذا كان العوض أكثر من قيمة الموهوب، فقد تحصل فيما إذا كان العوض مثل القيمة كأن يكون بالصغير أو المجنون حاجة لنحو نفقة أو كسوة، أو لشراء ما هو خير من الموهوب وأنفع أو لخوف فساد الموهوب، أو نحو ذلك.

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الهبة بعوض هبة ابتداء، بدليل أن الملك فيها يتوقف على القبض، وذلك من أحكام الهبة، وإنما تصير معاوضة في الانتهاء، والوصي أو القاضي لا يملك الهبة، فلم تنعقد هبة، فلا يتصوّر أن تصير معاوضة[2].

---

(١) انظر ذلك في أسنى المطالب ٢/ ٢١٣.

(٢) بدائع الصنائع ٥/ ١٥٣.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأنها هبة ابتداء، بل هي بيع ابتداء وانتهاء؛ لأنها مبادلة مال بمال في الابتداء والانتهاء وهذا هو مقتضى البيع[1]، أما تسميتها هبة فلا أثر لها، ولهذا تثبت فيها أحكام البيع من الشفعة، والخيار، ونحوهما.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الوصي أو القاضي لهبة الصغير أو المجنون بعوض إلا إذا كان العوض مثل قيمة الموهوب أو أكثر؛ لقوة ما أستدلوا به، ولأن المقصود هو مصلحة الصغير والمجنون وهي تتحقق بذلك.

(١) قال ابن قدامة في المقنع ص ٩٧، في تعريف البيع: «وهو مبادلة المال بالمال لغرض التمليك».

المبحث الخامس عشر

إيصاء الوصي غيره على مال الصغير أو المجنون

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: إيصاء الوصي غيره على مال الصغير أو المجنون إذا كانت الوصية مطلقة.

المطلب الثاني: إيصاء الوصي غيره على مال الصغير أو المجنون إذا أذن له الموصي بذلك.

المطلب الأول: إيصاء الوصي غيره على مال الصغير أو المجنون إذا كانت الوصية مطلقة

إذا كانت وصية الوصي على الصغير أو المجنون مطلقة من جهة الإذن في الإيصاء وعدمه، وذلك بأن أوصى له الأب أو غيره ولم يذكر له الإيصاء إلى غيره، فهل يملك الإيصاء إلى غيره، أو لا يملكه؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الوصي لا يملك إيصاء غيره على مال الصغير أو المجنون إذا كانت الوصية مطلقة.

وبهذا قال الشافعية[1]، والإمام أحمد في الرواية المشهورة

---

(١) مختصر المزني مع الأم ٨/ ٢٤٦، الوجيز ١/ ٢٨٢، المهذب ١/ ٤٧١، روضة الطالبين ٦/ ٣١٤، مغني المحتاج ٣/ ٧٦.

عنه، وهو المذهب عند أصحابه[1].

القول الثاني: أن الوصي يملك إيصاء غيره على مال الصغير أو المجنون إذا كانت الوصية مطلقة.

وبهذا قال الحنفية[2]، والمالكية[3].

وهو رواية عن الإمام أحمد[4].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن الوصي على مال الصغير أو المجنون يتصرف بتولية وإذن، فلم يكن له التفويض بالإيصاء قياساً على الوكيل[5].

٢. أن الموصي الأول إنما رضي وصيه ولم يرض الوصي الجديد، فلا يصح الإيصاء[6].

---

(١) المغني ٦/ ٥٧٤-٥٧٥، القواعد لابن رجب ص ١٢٥، المبدع ٦/ ١٠٥، القواعد والفوائد والأصولية لابن اللّحام ص ١١، الإنصاف ٧/ ٢٩٣-٢٩٤، غاية المنتهى ٢/ ٣٦٦.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٩٦، مجمع الأنهر ٢/ ٧٢٢، آداب الأوصياء ٢/ ٣٥٧.

(٣) الكافي لابن عبد البر ٢/ ١٠٣٢، الشرح الصغير ٢/ ٤٧٤-٤٧٥.

(٤) المغني ٦/ ٥٧٥، القواعد لابن رجب ص ١٢٥، العدة ص ٣٠٢-٣٠٣، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللّحام ص ١١، المبدع ٦/ ١٠٥، الإنصاف ٧/ ٢٩٤.

(٥) المهذب ١/ ٤٧١، مغني المحتاج ٣/ ٧٦، المغني ٦/ ٥٧٤، العدة ص ٣٠٢-٣٠٣، المبدع ٦/ ١٠٥، كشاف القناع ٤/ ٣٩٧.

(٦) مختصر المزني مع الأم ٨/ ٢٤٦، مغني المحتاج ٣/ ٧٦.

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الأب قد أقام الوصي مقام نفسه، فكان له الإيصاء كالأب[1].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه كل من بهاء الدين المقدسي، وابن قدامة، وابن مفلح بأنه قياس غير صحيح؛ لأن الأب يخالف الوصي، فهو -أي الأب- يلي بغير تولية[2].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الوصي لايصاء غيره على مال الصغير أو المجنون إذا كانت الوصية مطلقة؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من الحفاظ على مال الصغير أو المجنون من الضياع الذي قد يحصل نتيجة تناقل الأيدي له.

هذا إذا لم يكن القاضي ظالما وغلب على ظن الوصي أنه سيسنده إلى من هو أهل له، وأما إن كان ظالما أو غلب على ظنه أنه سيسنده إلى من ليس بأهل فله الإيصاء، بل يجب حفظاً للأمانة وصوناً للمال عن التلف.

---

(١) العدة ص ٣٠٣، المغني ٦/ ٥٧٤، المبدع ٦/ ١٠٥.

(٢) المراجع السابقة.

قال المرداوي: «قال الحارثي[١]: لو غلب على الظن أن القاضي يسند إلى من ليس أهلا، أو أنه ظالم اتجه جواز الإيصاء قولا واحدا، بل يجب ؛ لما فيه من حفظ الأمانة، وصون المال عن التلف، الضياع، انتهى»[٢].

المطلب الثاني: إيصاء الوصي غيره على مال الصغير أو المجنون إذا أذن له الموصي بذلك

إذا نهى الموصي الوصي عن إيصاء غيره على مال الصغير أو المجنون، نحو أن يقول: أوصيت لك فقط وليس لك أن توصي لغيرك، فإنه لا يملك الإيصاء؛ لأنه نائب عن الموصى، والنائب يتصرف بقدر ما أذن له مُنيبه.

أما إذا أذن له صراحة بالإيصاء نحو أن يقول له: أذنت لك أن توصي إلى من شئت، أو يقول: كل من أوصيتَ إليه، فقد أوصيتُ إليه، أو نحو ذلك فقد اختلف الفقهاء في ملكيته للإيصاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الوصي يملك إيصاء غيره على مال الصغير أو المجنون إذا أذن له الموصي بذلك مطلقاً.

وبهذا قال الحنفية[٣]، والمالكية[٤].

---

(١) هو مسعود بن أحمد بن مسعود بن زيد الحارثي، والبغدادي، ثم المصري، سعد الدين، ولد سنة ٦٥٣هـ وسمع من النجيب الحراني، وابن علاف، وابن الفرات، وغيرهم، وكان فقيها مناظرا مفتيا، عالما بالحديث وفنونه، وشرح بعض سنن أبي داود، وشرح قطعة من (المقنع) من العارية إلى آخر الوصايا، توفي سنة ٧١١هـ.
(الذيل على طبقات الحنابلة ٢/ ٣٦٢-٣٦٤، المقصد الأرشد ٣/ ٢٩-٣٠).

(٢) الإنصاف ٧/ ٢٩٤

(٣) الكافي لابن عبد البر ٢/ ١٠٣٢، الإنصاف ٧/ ٢٩٥.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٩٦، آداب الأوصياء ٢/ ٣٥٧.

وهو القول الأظهر عند الشافعية[١]، وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة[٢].

القول الثاني: أن الوصي يملك إيصاء غيره على مال الصغير أو المجنون إذا عيّن له الموصي شخصا، وإلا فلا.

وبهذا قال بعض الحنابلة[٣].

القول الثالث: أن الوصي لا يملك إيصاء غيره على مال الصغير أو المجنون إذا أذن له الموصي مطلقا.

وهو قول عند الشافعية[٤]، وبه قال بعض الحنابلة[٥].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن الموصي مالك للوصية والتصرف في المال، فإذا جاز له أن ينقل التصرف في المال إلى الوصي جاز أن ينقل الوصية إليه، ويملكها الوصي بذلك[٦].

٢. أن الوصي مأذون له في الإذن في التصرف، فملك الإذن لغيره

---

(١) حلية العلماء ٦/ ١٤٧-١٤٨، الوجيز ١/ ٢٨٢، المهذب ١/ ٤٧١، روضة الطالبين ٦/ ٣١٤، مغني المحتاج ٣/ ٧٦، وقيل: إنه يملكه قولا واحدا، وليس على قولين.

(٢) المغني ٦/ ٥٧٤، المبدع ٦/ ١٠٥، الإنصاف ٧/ ٢٩٥، غاية المنتهى ٢/ ٣٦٦.

(٣) المبدع ٦/ ١٠٥، الإنصاف ٧/ ٢٩٥.

(٤) حلية العلماء ٦/ ١٤٧-١٤٨، المهذب ١/ ٤٧١، روضة الطالبين ٦/ ٣١٤.

(٥) المبدع ٦/ ١٠٥، الإنصاف ٧/ ٢٩٥.

(٦) المهذب ١/ ٤٧١.

فيه، قياساً على الوكيل إذا أمر بالتوكيل(١).

دليل القول الثاني:

الظاهر من قولهم أنهم يستدلون على عدم ملكية الوصي للإيصاء إذا أذن به الموصي والمعين شخصا بعينه بما سيأتي من أدلة أصحاب القول الثالث -إن شاء الله-.

وأما قولهم بملكية الوصي للإيصاء إذا أذن له الموصي وعيّن له شخصا معينا فيمكن الاستدلال له بما يلي:

أن الموصي عندما عيّن الشخص الذي أذن للوصي بالإيصاء إليه من بعده كأنه أوصى إليهما جميعا، ولكن ذلك الإيصاء بالترتيب، فيقدم الوصي الأول ثم يوصي إلى من بعده.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن هناك فرقا بين الإيصاء بالترتيب وبين الإذن للوصي بالإيصاء إلى شخص معين؛ لأن الإيصاء بالترتيب لايحتاج إلى إيصاء من الوصي؛ لأنه وصيّ للموصي الأول، بخلاف الإذن بالإيصاء إلى شخص معين فهو لا ينفذ إلا بوصية من الوصي.

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن الوصي يعقد الوصية عن الموصي في حال لا ولاية له فيه، فلا يصح(٢).

---

(١) المغني ٦/ ٤٧٤، المبدع ٦/ ١٠٥.

(٢) المهذب ١/ ٤٧١.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأنه لا ولاية للوصي بعقد الوصية في الحال التي ذكروا بل إنّ إذن الموصي له بالوصية يعد تولية له في عقد الوصية عنه لغيره فتصح.

٢. أن الوصي يلي بتوليه، فلا يملك الوصية لغيره قياسا على الوكيل[١].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة بأن الوكيل حجة عليهم لا لهم، وذلك من جهة أنه إذا أذن الموكل له بالتوكيل ملكه، فكذلك الوصي[٢].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية الوصي لإيصاء غيره على مال الصغير أو المجنون إذا أذن له الموصي بذلك مطلقا؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن الموصي حريص على مصلحة الصغير أو المجنون فلا يوصي ولا يأذن بالإيصاء إلا لمن يثق به ويتوخّى فيه الحرص على مصلحة الصغير أو المجنون والإيصاء إلى من هو أهل له.

---

(١) المغني ٦/ ٤٧٤.

(٢) المرجع السابق.

المبحث السادس عشر
إعتاق الوصي أو القاضي لعبد الصغير أو المجنون، ومكاتبته له

وفيه مطلبان

المطلب الأول: إعتاق الوصي أو القاضي لعبد الصغير أو المجنون.

المطلب الثاني: مكاتبة الوصي أو القاضي لعبد الصغير أو المجنون.

المطلب الأول: إعتاق الوصي أو القاضي لعبد الصغير أو المجنون

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: إعتاق الوصي أو القاضي لعبد الصغير أو المجنون مجاناً.

المسألة الثانية: إعتاق الوصي أو القاضي لعبد الصغير أو المجنون على مال.

المسألة الأولى: إعتاق الوصي أو القاضي لعبد الصغير أو المجنون مجاناً

إذا كان للصغير أو المجنون مال، وهذا المال يشتمل على عبيد فأراد الوصي أو القاضي إعتاق أحد منهم بدون عوض فهل يملك ذلك، أولا يملكه؟

الظاهر من كلام الفقهاء على ذلك أن فيه قولين:

القول الأول: أن الوصي أو القاضي لا يملك إعتاق عبد الصغير أو المجنون مجاناً مطلقاً.

وبهذا قال الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3].

وهو الرواية المشهورة عن الإمام أحمد، وهو الصحيح من المذهب عند أصحابه، وعليه جماهيرهم[4].

---

(١) بدائع الصنائع (٣٥/ ١٥٣)، مجمع الضمانات، ص٤٠١، آداب الأوصياء (٢/ ١١٨).

(٢) الوجيز (١/ ١٧٧)، المهذب (١/ ٣٣٥)، روضة الطالبين (٤/ ١٨٩)، فتح الجواد (١/ ٤٨٣)، أسنى المطالب (٢/ ٣١٣).

(٣) حاشية الدسوقي (٣/ ٣٠١).

(٤) الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٥١٩)، المحرر (١/ ٣٤٧)، المبدع (٤/ ٣٣٧)، الإنصاف (٥/ ٣٢٦)، مطالب أولي النهى (٣/ ٤٠٩).

القول الثاني: أن الوصي أو القاضي لا يملك إعتاق عبد الصغير أو المجنون مجاناً إلا إذا كان فيه مصلحة له، كأن تكون له أمة لها ولد يساويان مجتمعين مائة، ولو أفردت ساوت مائتين، ولا يمكن إفرادها بالبيع، فتعتق الأخرى لتكثر قيمة الباقية.

وبهذا قال الإمام أحمد في رواية عنه، واختارها بعض أصحابه(١).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من الكتاب، والسنة، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من الكتاب:

١. قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَٰمَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ..﴾(٢) الآية.

٢. وقال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ..﴾(٣) الآية.

وجه الاستدلال بهاتين الآيتين الكريمتين:

---

(١) الفروع (٤/ ٣١٩)، المبدع (٤/ ٣٣٧)، الإنصاف (٥/ ٣٢٥).

(٢) سورة البقرة: الآية: ٢٢٠.

(٣) سورة الأنعام الآية: ١٥٢، والإسراء الآية: ٣٤.

يمكن توجيه الاستدلال بهما أن الله -سبحانه وتعالى- أمر بالإصلاح في مال اليتيم، ونهى عن قربانه إلا بالتي هي أحسن، وعتق عبده مجاناً ليس إصلاحاً في ماله ولا قرباناً له بالتي هي أحسن؛ لأنه يترتب عليه خروج شيء من ماله بدون عوض مالي، فلا يملكه الوصي أو القاضي.

ويقاس عليه المجنون.

ثانياً: من السنة:

ما رواه عبادة بن الصامت ﷺ أن رسول الله ﷺ قضى أن لا ضرر ولا ضرار[1].

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن الرسول ﷺ نهى عن الإضرار، وعتق عبد الصغير أو المجنون مجاناً فيه إضرار ظاهر به؛ لأنه يترتب عليه خروج شيء من ماله بدون عوض مالي، فلا يملكه الوصي أو القاضي.

ثالثاً: من المعقول:

أن في عتق الوصي أو القاضي لعبد الصغير أو المجنون مجاناً ضرراً محضاً به، فلا يجوز[2].

أما القول الثاني فما ذكره أصحابه من المثال لا يتضرر فيه الصبي أو المجنون بالإعتاق، بل ينتفع بذلك لزيادة قيمة الأمة المراد ببيعها، ولهذا

---

(١) سبق تخريجه ص٨٠٧.

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ١٥٣)، آداب الأوصياء (٢/ ١١٨).

فالظاهر أن من قال بعدم ملكية الإعتاق لا يخالف في ذلك؛ لأنه يستدل على المنع بحصول الضرر، ولهذا قال المرداوي بعد ذكره: «قلت: ولعل هذا كالمتفق عليه»[1].

من هذا يتضح -والله أعلم- أن الجميع متفقون على عدم ملكية الوصي أو القاضي عتق عبد الصغير أو المجنون مجاناً إذا لم يكن فيه مصلحة له، وملكيته لذلك إذا كان فيه مصلحة له كما في المثال الذي ذكره أصحاب القول الثاني.

المسألة الثانية: إعتاق الوصي أو القاضي لعبد الصغير أو المجنون على مال

إذا كان مال الصغير أو المجنون يشتمل على عبيد فأراد الوصي أو القاضي إعتاق أحد منهم مقابل عوض مالي يدفع له، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الوصي أو القاضي يملك إعتاق عبد الصغير أو المجنون على مال إذا كان فيه حظ له، مثل أن تكون قيمته ألفاً فيعتقه على ألفين.

وبهذا قال المالكية[2]، والحنابلة[3].

القول الثاني: أن الوصي والقاضي لا يملك إعتاق عبد الصغير أو المجنون

---

(١) الإنصاف (٥/ ٣٢٦).

(٢) حاشية الدسوقي (٣/ ٣٠١)، شرح منح الجليل (٣/ ١٨٤).

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٥١٩- ٥٢٠)، المحرر (١/ ٣٤٧)، الفروع (٤/ ٣١٩)، المبدع (٤/ ١٣٧)، التوضيح ص١٩٣.

على مال مطلقاً.

وبهذا قال الحنفية[١]، والشافعية[٢].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن إعتاق عبد الصغير أو المجنون على مال إذا كان فيه حظ له معاوضة فيها حظ له، فيملكها الوصي والقاضي كبيعه[٣].

أدلة القول الثاني:

استدل عبد الرحمن بن قدامة لأصحاب هذا القول بما يلي:

١.أن الإعتاق على مال تعليق له على شرط، فلم يملكه الوصي والقاضي قياساً على التعليق على دخول الدار[٤].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة بأنه يضر كون العتق تعليقاً؛ لأنه إذا حصل للولي عليه وهو الصغير أو المجنون حظ لم يضره نفع غيره، ولا كون العتق حصل بالتعليق، وأما القياس على التعليق على دخول الدار فهو قياس مع الفارق؛ لعدم الحظ وانتفاء المقتضى[٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٥٣)، مجمع الضمانات ص٤٠١، آداب الأوصياء (٢/ ١١٨).
(٢) روضة الطالبين (٤/ ١٨٩)، فتح الجواد (١/ ٤٨٣)، أسنى المطالب (٢/ ٣١٣).
(٣) الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٥٢٠)، المبدع (٤/ ٣٣٧)، كشاف القناع (٣/ ٤٤٨).
(٤) الشرح الكبير (٤/ ٥٢٠).
(٥) المرجع السابق.

٢.أن المقصود من العتق على مال العتق دون المعاوضة، فلم يملكه الوصي والقاضي، قياساً على الإعتاق بغير عوض[1].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة بأنه قياس مع الفارق؛ لأن العتق على غير مال لا حظ فيه للصغير أو المجنون، ولو قُدِّر أن فيه نفعاً كان نادراً، بخلاف العتق على مال فالحظ فيه ظاهر[2].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية الوصي أو القاضي لإعتاق عبد الصغير أو المجنون على مال إذا كان فيه حظ ظاهر له؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن المقصود في التصرف في مالهما المصلحة، وهي حاصلة بذلك.

المطلب الثاني: مكاتبة الوصي أو القاضي عبد الصغير أو المجنون

إذا كان مال الصغير أو المجنون يشتمل على عبيد فأراد الوصي أو القاضي مكاتبة أحد منهم وذلك بدفع مبلغ من المال مقسّط على أقساط معينة في أوقات محددة، فهل يملك ذلك مطلقاً، أو لا يملكه مطلقاً، أو يملكه إذا كان فيه حظ للصغير أو المجنون، أو يملكه الوصي دون القاضي؟

اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ٥٢٠).

(٢) المرجع السابق.

القول الأول: أن الوصي أو القاضي يملك مكاتبة عبد الصغير أو المجنون إذا كان فيها حظ له كأن تكون قيمته ألفاً فيكاتبه على ألفين.

وبهذا قال المالكية[1] وعليه نصّ الإمام أحمد، وهو المذهب عند أصحابه[2].

القول الثاني: أن الوصي يملك مكاتبة عبد الصغير أو المجنون، ولا يملكه القاضي.

وبهذا قال بعض الحنابلة[3].

القول الثالث: أن الوصي أو القاضي يملك مكاتبة عبد الصغير أو المجنون مطلقاً.

وبهذا قال الحنفية[4].

القول الرابع: أن الوصي أو القاضي لا يملك مكاتبة عبد الصغير أو المجنون مطلقاً.

وبهذا قال الشافعية[5].

---

(١) شرح منح الجليل (٣/ ١٨٤).

(٢) الكافي لموفق الدين ابن قدامة (٢/ ١٩١)، الشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة (٤/ ٥١٩-٥٢٠)، المحرر (٤/ ٣١٩)، الفروع (٤/ ٣١٩)، المبدع (٤/ ٣٣٧)، الإنصاف (٥/ ٣٢٥).

(٣) الفروع (٤/ ٣١٩)، المبدع (٤/ ٣٣٧)، الإنصاف (٥/ ٣٢٥)، مطالب أولي النهى (٣٤/ ٤٠٩).

(٤) بدائع الصنائع (٥/ ١٥٤)، مجمع الضمانات ص ٤٠١)، جامع الفصولين (٢/ ١٧).

(٥) المهذب (١/ ٣٣٦)، روضة الطالبين (٤/ ١٨٩)، فتح الجواد (١/ ٤٨٣)، أسنى المطالب (٢/ ٢١٣).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن مكاتبة عبد الصغير أو المجنون إذا كان فيها حظ له معاوضة له فيها حظ، فيملكها الوصي والقاضي قياساً على بيعه[١].

٢. أن في مكاتبة الوصي أو القاضي عبد الصغير أو المجنون تحصيلاً لمصلحة الدنيا والآخرة، فتجوز[٢].

أدلة القول الثاني:

أما أصحاب القول الثاني فاستدلوا على القول بملكية الوصي للمكاتبة بما استدل به أصحاب القول الأول.

أما قولهم بعدم ملكية القاضي لذلك فلم أطلع على دليل لهم عليه.

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن المكاتبة عقد معاوضة، فكانت في معنى البيع، فيملكها الوصي والقاضي[٣].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الوصي أو القاضي لا يملك بيع مال الصغير أو

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٥٢٠).

(٢) المبدع (٤/ ٣٣٧)، مطالب أولي النهى (٣/ ٤٠٩)، كشاف القناع (٣/ ٤٤٨).

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ١٥٤).

المجنون، إلا إذا كان فيه حظ ومصلحة له، فكذلك ما كان في معناه كالمكاتبة، بل كل تصرفات الوصي أو القاضي في مال الصغير أو المجنون يجب أن تكون على وجه النظر والمصلحة.

أدلة القول الرابع:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الوصي أو القاضي إذا كاتب عبد الصغير أو المجنون فإنه يأخذ العوض من كسبه، وهو مال له -أي للصغير أو المجنون- فيكون كالعتق من غير عوض فلا يملكه الوصي أو القاضي[1].

كما استدل لهم عبد الرحمن بن قدامة بما يلي:

أن المقصود من المكاتبة العتق دون المعاوضة، فلا يملكها الوصي والقاضي، كالإعتاق من غير عوض[2].

مناقشة هذين الدليلين:

مقتضى هذين الدليلين القياس على العتق من غير عوض وقد ناقشه عبد الرحمن بن قدامة بأنه قياس مع الفارق؛ لأنه لاحظ للصغير أو المجنون في العتق من غير عوض، ولو قُدِّر أن يكون فيه نفع فهو نادر، بخلاف المكاتبة فالنفع فيها ظاهر[3].

---

(١) المهذب (١/ ٣٣٦).

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٥٢٠).

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٥٢٠).

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية الوصي أو القاضي لمكاتبة عبد الصغير أو المجنون إذا كان فيها حظ له؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن المقصود في تصرفات الوصي والقاضي في مال الصغير أو المجنون هو المصلحة، ومكاتبة عبده إذا كان فيها حظ له ظاهرة المصلحة، فيملكها الوصي أو القاضي.

المبحث السابع عشر
أكل الوصي أو القاضي من مال الصغير أو المجنون

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: أكل الوصي أو القاضي من مال الصغير أو المجنون إذا كان -أي الوصي أو القاضي- غنياً.

المطلب الثاني: أكل الوصي أو القاضي من مال الصغير أو المجنون إذا كان -أي الوصي أو القاضي- فقيراً.

المطلب الثالث: مقدار ما يجوز للوصي أو القاضي أكله من مال الصغير أو المجنون.

المطلب الرابع: هل أكل الوصي أو القاضي من مال الصغير أو المجنون على سبيل الإباحة، أو الاقتراض؟

المطلب الأول: أكل الوصي أو القاضي من مال الصغير أو المجنون إذا كان -أي الوصي أو القاضي- غنياً

إذا كان الوصي على الصغير أو المجنون أو القاضي الذي يتولى تصريف شئون ماله غنياً عن مال الصغير أو المجنون، بمعنى أنه مستغنٍ بماله في الأكل عن الحاجة إلى غيره، فهل يملك الأكل من مال الصغير أو المجنون، أولاً يملكه؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الوصي أو القاضي إذا كان غنياً لا يملك الأكل من مال الصغير أو المجنون.

وبهذا قال الحنفية[1].

وبه قال المالكية[2]، وهو الوجه الصحيح عند الشافعية[3].

وبه قال الإمام أحمد في الرواية المشهورة عنه، وهو الصحيح من المذهب عند أصحابه، وعليه جماهيرهم[4].

القول الثاني: أن الوصي أو القاضي إذا كان غنياً يملك الأكل من مال الصغير أو المجنون[5].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٥٤)، حاشية الطحاوي (٤/ ٣٤٨)، البحر الرائق (٨/ ٤٦٩).

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٥/ ٤١)، القوانين الفقهية ص٣٢٧.

(٣) المهذب (١/ ٣٣٧)، الوجيز (١/ ١٧٧)، حلية العلماء (٤/ ٥٣١)، روضة الطالبين (٤/ ١٨٩- ١٩٠)، حاشية الجمل (٣/ ٣٤٧).

(٤) الكافي لابن قدامة (٢/ ١٨٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٥٣١)، المبدع (٤/ ٣٤٥)، الإنصاف (٥/ ٣٣٩)، الإقناع (٢/ ٢٢٨).

(٥) حلية العلماء (٤/ ٥٣١)، روضة الطالبين (٤/ ١٩٠).

وهذا وجه عند الشافعية، وهو رواية عن الإمام أحمد، وبها أخذ بعض أصحابه كابن عقيل[١].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من الكتاب، والآثار:

أولاً: من الكتاب:

قال الله -سبحانه و تعالى-: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ۖ وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ ۚ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ.﴾[٢] الآية.

قال القرطبي عن هذه الآية: «بيّن الله تعالى ما يحل لهم من أموالهم، فأمر الغني بالإمساك وأباح للوصي الفقير أن يأكل من مال وليه بالمعروف»[٣].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن عقيل كما نقل عبد الرحمن بن قدامة، والمرداوي بأن الأمر في هذه الآية محمول على الاستحباب لا الوجوب[٤].

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٥٣١)، المبدع (٥/ ٣٤٥)، الإنصاف (٥/ ٣٣٩).
(٢) سورة النساء الآية: (٦).
(٣) الجامع لأحكام القرآن (٥/ ٤١).
(٤) الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٥٣١)، الإنصاف (٥/ ٣٣٩).

ولم ينقلا عنه الصارف لها إلى الاستحباب.

الإجابة عن هذه المناقشة:

يمكن الإجابة عن ذلك بأن الأصل في الأمر الوجوب ما لم تصرفه قرينة إلى الاستحباب كما هو مقرر في علم أصول الفقه[1]، ولم أطلع على صارف له هنا.

ثانياً: من الآثار:

ما روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال: إني أنزلت مال الله تعالى مني بمنزلة مال اليتيم إن استغنيت استعففت، وإن افتقرت أكلت بالمعروف فإذا أيسرت قضيت[2].

فهذا الأثر ظاهر الدلالة، وهو بمثابة تفسير وتوضيح للآية السابقة.

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الوصي أو القاضي يملك الأكل من مال الصغير أو المجنون وإن كان غنياً قياساً على العامل في الزكاة[3].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه قياس في مقابل نص -وهو ما استدل به أصحاب القول الأول من الآية الكريمة-، فلا يعتد به.

---

(١) التمهيد لأبي الخطاب (١/ ١٤٥) وما بعدها، روضة الناظرين ص١٠٠-١٠١.

(٢) رواه ابن حزم في المحلى (٨/ ٣٢٤)، وابن جرير الطبري في تفسيره (٤/ ١٧١، ١٧٤).

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٥٣١)، الإنصاف (٥/ ٣٣٨).

الترجيح:

الراجح في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية الوصي أو القاضي للأكل من مال الصغير أو المجنون إذا كان غنياً؛ لقوة ما استدلوا به خاصة الآية الكريمة فإنها صريحة في ذلك، ولأن المطلوب من الوصي والقاضي هو الإصلاح في مال الصغير أو المجنون، والأكل منه مع الغني ليس من الإصلاح فيه، فلا يصح.

المطلب الثاني: أكل الوصي أو القاضي من مال الصغير أو المجنون إذا كان -أي الوصي أو القاضي- فقيراً

إذا كان للقاضي رزق من بيت المال يكفيه للأكل فإنه لا يملك الأكل من مال الصغير أو المجنون؛ لاستغنائه عن ذلك بماله في بيت المال[1].

أما إذا لم يكن له رزق في بيت المال وكان فقيراً فالظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على ملكيته وكذلك الوصي إذا كان مثله للأكل من مال الصغير أو المجنون.

فهو الظاهر من قول الحنفية[2]، وبه قال المالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5].

---

(١) التوضيح ص١٩٣، مطالب أولي النهى (٣/ ٤١٧).

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ١٥٤)، البحر الرائق (٨/ ٤٦٩)، حاشية الطحاوي (٤/ ٣٤٨).

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٥/ ٤١)، القوانين الفقهية ص٣٢٧.

(٤) المهذب (١/ ٣٣٧)، الوجيز (١/ ١٧٧)، حلية العلماء (٤/ ٥٣٠-٥٣١)، روضة الطالبين (٤/ ١٨٩-١٩٠)، مغني المحتاج (٢/ ١٧٦)، تحفة المحتاج (٥/ ١٨٦).

(٥) الكافي لابن قدامة (٢/ ١٨٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٥٣١)، المبدع (٤/ ٤٤٥)، الإنصاف (٥/ ٣٣٨)، التوضيح ص١٩٣.

الأدلة:

واستدلوا بأدلةٍ من الكتاب، والسنة، والآثار، والمعقول:

أولاً: من الكتاب:

قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ۖ وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ ۚ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْ ۚ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ حَسِيبًا ﴿٦﴾﴾[١] الآية.

فقد روي عن عائشة -رضي الله عنها- أنها قالت: «ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف»[٢] أنزلت في والي اليتيم الذي يقيم عليه ويصلح في ماله إن كان فقيراً أكل منه بالمعروف[٣].

---

(١) سورة النساء الآية: ٦.

(٢) الآية السابقة.

(٣) رواه البخاري في كتاب البيوع - باب: من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة.. (٣/ ٣٦-٣٧)، بهذا اللفظ.

وفي كتاب الوصايا - باب: للوصي أن يعمل في مال اليتيم وما يأكل منه بقدر عمالته (٣/ ١٩٤-١٩٥)، وفي كتاب تفسير القرآن -تفسير سورة النساء- باب: }ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف{ (٥/ ١٧٧).

ومسلم في كتاب التفسير، مقدمة الكتاب (٤/ ٢٣١٥- ٢٣١٦)، الحديثان ١٠، ١١.

والبيهقي في كتاب الوصايا -باب والي اليتيم يأكل من ماله.. (٦/ ٢٨٤).

وابن أبي شيبة في كتاب البيوع والأقضية - باب في الأكل من مال اليتيم (٦/ ٣٨٢).

ثانياً: من السنة:

ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: إني فقير ليس لي شيء، ولي يتيم، قال: «كل من مال يتيمك غير مسرفٍ[١]، ولا مبادر[٢]، ولا متأثل[٣]»[٤].

وهذا الحديث واضح الدلالة.

ثالثاً: من الآثار:

١. ما روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال: «إني أنزلت مال الله تعالى مني بمنزلة مال اليتيم، إن استغنيت استعففت، وإن افتقرت أكلت بالمعروف، فإذا أيسرت قضيت»[٥].

---

(١) الإسراف هو التبذير، أو ما أنفق في غير طاعة.
(القاموس المحيط، مادة «سرف» ٣/ ١٥٦).

(٢) من بادَرَ مُبادَرةً وبداراً، وابْتَدَره وبَدَرَ غيرَه إليه أي عاجله، وبَدَره الأمر وإليه أي عجل إليه.
(القاموس المحيط، مادة «بادر» ١/ ٣٨٣).

(٣) أي غير جامع، يقال: مالٌ مؤثَّل، ومجدٌ مؤثَّل أي مجموع ذو أصل، وأثْلَةُ الشيء أصله.
(النهاية، مادة «أثل» ١/ ٢٣).

(٤) رواه أبو داود في كتاب الوصايا -باب ما جاء في ما لولي اليتيم أن ينال من مال اليتيم (٣/ ١١٥)، الحديث رقم ١٨٧٢، واللفظ له، وسكت عنه.
والنسائي في كتاب الوصايا -باب ما للوصي من مال اليتيم إذا قام عليه (٦/ ٢٥٦) الحديث رقم ٣٦٦٨.
وابن ماجه في كتاب الوصايا -باب قوله: (ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف) (٢/ ٩٠٧)، الحديث رقم ٢٧١٨.
وأحمد (٢/ ١٨٦) ٢١٥- ٢١٦.
والبيهقي في كتاب الوصايا -باب: والي اليتيم يأكل من ماله إذا كان فقيراً.. (٦/ ٢٨٤).
وقال ابن حجر: «وإسناده قوي». فتح الباري (٨/ ٢٤١).
وقال الألباني: «حسن». إرواء الغليل (٥/ ٢٧٧).

(٥) سبق تخريجه، ص٨٨١.

٢.ما روي عن عائشة -رضي الله عنها- أنها قالت: «والي اليتيم إذا كان محتاجاً يأكل بالمعروف لقيامه بماله».[١].

٣.ما روي أن رجلاً جاء إلى عبد الله بن عباس -رضي الله عنهما- فقال: إن في حجري أموال أيتام -وهو يستأذنه أن يصيب منها، فقال ابن عباس: «ألست تهنأ جرابها؟» قال: نعم، قال: «ألست تَليط حياضها؟ » قال: بلى، قال: «ألست تفْرِط[٢] عليها يوم وردها؟ » قال: بلى، قال: «فأصب من رسلها» يعني لبنها[٣].

وهذه الآثار واضحة الدلالة:

رابعاً: من المعقول:

أن الوصي أو القاضي قد تصرف في مال من لا تمكن مراجعته، فجاز له الأخذ بغير إذنه، كعامل الصدقات[٤].

المطلب الثالث: مقدار ما يجوز للوصي أو القاضي أكله من مال الصغير أو المجنون

تقدم في المطلب الأول أن من الفقهاء من يقول بملكية الوصي أو القاضي الأكل من مال الصغير أو المجنون وإن كان غنياً، وتقدم في

---

(١) رواه ابن جرير الطبري في تفسيره (٤/ ١٧٥).

(٢) أي تتقدم بها إلى الورد. القاموس المحيط، مادة «فرط» (٢/ ٣٩١).

(٣) رواه البيهقي في كتاب البيوع -باب الولي يأكل من مال اليتيم مكان قيامه عليه بالمعروف إذا كان فقيراً (٦/ ٤).

وابن جرير الطبري في تفسيره (٤/ ١٧٣).

(٤) حاشية الجمل (٣/ ٣٤٧).

المطلب الثاني أن أصحاب المذاهب الأربعة قد اتفقوا على ملكية الوصي أو القاضي الأكل من مال الصغير أو المجنون إذا كان فقيراً، ولا شك أن القارئ سيتساءل بعد قراءته لهذين المطلبين، ما مقدار ما يجوز للوصي والقاضي من ذلك؟ هل يأكل بقدر عمله، أو بقدر كفايته، أو بقدر الأقل منهما؟

فيقال: اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الوصي أو القاضي لا يأكل إلا أقل من أجر مثله، أو قدر كفايته.

وبهذا قال أكثر الشافعية[(١)]، وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة[(٢)].

وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية[(٣)].

القول الثاني: أن الوصي أو القاضي يأكل بقدر عمله.

وبهذا قال بعض الحنابلة[(٤)].

القول الثالث: أن الوصي أو القاضي يأكل بقدر كفايته.

وبهذا قال بعض الشافعية[(٥)].

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ١٩٠)، أسنى المطالب (٢/ ٢١٣)، فتح الجواد (١/ ٤٨٤)، مغني المحتاج (٢/ ١٧٦).

(٢) الكافي لابن قدامة (٢/ ١٨٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٥٣١)، الفروع (٤/ ٣٢٤)، المبدع (٤/ ٣٤٥)، الإنصاف (٥/ ٣٣٨)، التوضيح، ص١٩٣.

(٣) الاختيارات الفقهية، ص١٣٨.

(٤) المبدع (٤/ ٣٤٥)، الإنصاف (٥/ ٣٣٨)، القواعد لابن رجب، ص١٣٠.

(٥) روضة الطالبين (٤/ ١٩٠).

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الوصي أو القاضي يستحق الأكل من مال الصغير أو المجنون بالعمل والحاجة جميعاً، فلم يجز أن يأخذ إلا ما وجدا فيه[1].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الوصي أو القاضي يستحق الأكل من مال الصغير أو المجنون بالعمل، فيقتدر بقدره[2].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأنه يستحق الأكل بالعمل فقط، بل به وبالحاجة كما تقدم في دليل أصحاب القول الأول.

دليل القول الثالث:

أما أصحاب القول الثالث فيمكن الاستدلال لهم بإطلاق الآية الكريمة، وهي قول الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[3] أي فليأكل قدر كفايته من غير إسراف.

---

(١) الكافي لابن قدامة (٢/ ١٨٩)، الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٥٣١)، المبدع (٤/ ٣٤٥)، كشاف القناع (٣/ ٤٥٥).

(٢) المبدع (٤/ ٣٤٥).

(٣) سورة النساء الآية: ٦.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن هذا الأكل مقابل القيام على المال والعمل فيه، فيكون الاستحقاق بالعمل والحاجة معاً، فيأخذ الأقل منهما، كما تقدم في دليل أصحاب القول الأول.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن الوصي أو القاضي لا يأكل من مال الصغير أو المجنون إلا الأقل من أجره مثله، أو قدر كفايته؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من الجمع بين المحافظة على مال الصغير والمجنون وإعطاء الوصي أو القاضي ما يستحق.

المطلب الرابع: هل أكل الوصي أو القاضي من مال الصغير أو المجنون على سبيل الإباحة، أو الاقتراض؟

على قول من قال في المطلبين الأول والثاني بملكية الوصي أو القاضي الأكل من مال الصغير أو المجنون هل يكون على سبيل الإباحة بمعنى أنه لا يلزمه العوض إذا أيسر، أو على سبيل القرض فيلزمه العوض؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الوصي أو القاضي يأكل من مال الصغير أو المجنون على سبيل الإباحة، فلا يلزمه عوض إذا أيسر.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة[١]، وهو الظاهر من قول المالكية[٢].

وهو الأظهر من قولي الشافعية[٣]، وهو رواية عن الإمام أحمد، وهو الصحيح من المذهب عند أصحابه[٤].

القول الثاني: أن الوصي أو القاضي يأكل من مال الصغير أو المجنون على سبيل الاقتراض، فيلزمه عوضه إذا أيسر.

وهذا هو الظاهر من قول أبي يوسف من الحنفية[٥]، وهو قول عند الشافعية[٦].

وبه قال الإمام أحمد في رواية عنه، وبها أخذ بعض أصحابه[٧].

الأدلة:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من الكتاب، والسنة، والمعقول، هي كما يلي:

---

(١) مجمع الضمانات ص٣٩٨، جامع الفصولين ص١٨.

(٢) أحكام القرآن لابن العربي (١/ ٣٢٦)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٥/ ٤٢).

(٣) المهذب (١/ ٣٣٧)، حلية العلماء (٤/ ٥٣١)، روضة الطالبين (٤/ ٩٠)، مغني المحتاج (٢/ ١٧٦)، إعانة الطالبين (٣/ ٧٤).

(٤) الكافي لابن قدامة (٢/ ١٨٩)، القواعد لابن رجب، ص١٣٠، المحرر (١/ ٣٤٧)، الفروع (٤/ ٣٢٤)، المبدع (٤/ ٣٤٦، الإنصاف (٥/ ٣٣٩-٣٤٠)، غاية المنتهى (٢/ ١٤١).

(٥) مجمع الضمانات، ص٣٩٨.

(٦) المهذب (١/ ٣٣٧)، حلية العلماء (٤/ ٥٣١)، روضة الطالبين (٤/ ٩٠)، مغني المحتاج (٢/ ١٧٦).

(٧) الكافي لابن قدامة (٢/ ١٨٩)، المحرر (١/ ٣٤٧)، الفروع (٤/ ٣٢٤)، الإنصاف (٥/ ٣٤٠).

أولاً: من الكتاب:

قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[١] الآية.

وجه الاستدلال:

حيث إن الله -سبحانه وتعالى- ذكر الأكل مطلقاً عن ذكر العوض، فلا يلزم، أشبه سائر ما أمر بأكله[٢].

ثانياً: من السنة:

ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلاً أتى النبي ﷺ، فقال: إني فقير ليس لي شيء، ولي يتيم، فقال: «كل من مال يتيمك غير مسرف، ولا مبادر، ولا متأثل»[٣].

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن النبي ﷺ أذن للفقير بالأكل من مال اليتيم ولم يخبره بأن ذلك قرض يجب عليه رده إذا أيسر، فهذا يدل على أنه على سبيل الإباحة.

ثالثاً: من الآثار:

١. ما روي عن عائشة -رضي الله عنها- أنها قالت: والي التيم إذا

---

(١) سورة النساء الآية: ٦.

(٢) الكافي لموفق الدين ابن قدامة (٢/ ١٨٩)، الشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة (٤/ ٥٣١)، المبدع (٤/ ٣٤٦).

(٣) سبق تخريجه ص٨٨٤.

كان محتاجاً يأكل بالمعروف لقيامه بماله»[(١)].

٢. ما روي أن رجلاً جاء إلى عبد الله بن عباس -رضي الله عنهما- فقال: إن في حجري أموال أيتام -وهو يستأذن أن يصيب منها-، فقال ابن عباس: «ألست تبتغي ضالتها؟» قال: بلى، قال: «ألستَ تهنأ جرباها؟» قال: نعم، قال: «ألست تَلِيط حياضها؟» قال: بلى، قال: «ألست تُفْرِط عليها يوم وردها؟» قال: بلى، قال: «فأصيب من رسْلِها» يعني لبنها[(٢)].

وجه الاستدلال بهذين الأثرين:

يمكن توجيه الاستدلال بهما بأن عائشة، وابن عباس -رضي الله عنهم- جعلا ما يأكل ولي اليتيم مقابل عمله في المال، وإذا كان كذلك لم يجب القضاء؛ لأنه جزاء العمل، كالأجير.

رابعاً: من المعقول:

١. أن الأمة قد أجمعت على أن الإمام الناظر للمسلمين لا يجب عليه عوض ما أكل بالمعروف؛ لأن الله -سبحانه وتعالى- قد فرض سهمه في مال الله، فالولي كذلك؛ لأن الجميع أكل بحق الولاية[(٣)].

٢. أن ما يأكله الوصي أو القاضي من مال الصغير أو المجنون إذا كان

---

(١) سبق تخريجه ص٨٨٥.

(٢) سبق تخريجه ص٨٨٥.

(٣) الجامع لأحكام القرآن (٥/ ٤٢)، المهذب (١/ ٣٣٧)، روضة الطالبين (٤/ ١٩٠)، الكافي لابن قدامة (٢/ ١٨٩).

فقيراً هو عوض في مقابل عمله فيه، فلم يلزمه بدله، كالأجير، والمضارب[١].

٣. أنه لو وجب على الوصي أو القاضي قضاء ما أكل من مال الصغير أو المجنون إذا ايسر لكان واجباً في الذمة قبل اليسار، فإن اليسار ليس سبباً للوجوب، فإذا لم يجب بالسبب الذي هو الأكل لم يجب بعده[٢].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من الكتاب، والآثار، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من الكتاب:

قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ۖ وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا۟ ۚ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ فَأَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِمْ ۚ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ حَسِيبًا ﴿٦﴾﴾[٣].

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٥٣١)، المبدع (٤/ ٣٤٦)، مطالب أولي النهى (٣/ ٤١٧)، كشاف القناع (٣/ ٤٥٥)، هداية الراغب ص٣٦٢.

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٥٣١).

(٣) سورة النساء الآية: ٦.

وجه الاستدلال:

حيث أمر الله -سبحانه وتعالى- بالإشهاد على الأيتام عند دفع المال إليهم، ولو كان المال في أيدي الأولياء بطريق الأمانة لما كان هناك حاجة إلى الإشهاد، لأن القول قول الولي إذا قال: دفعت المال إلى اليتيم عند إنكاره، وإنما الحاجة إلى الإشهاد عند الأخذ قرضاً ليأكل منه؛ لأن القول في قضاء الدين قول صاحب الدين، لا قول من يقضي الدين[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه لا مانع من طلب الإشهاد ولو كان المال أمانة، وذلك احتياطاً وإبعاداً للتهمة، قال القرطبي[2] عند تفسير قول الله -سبحانه وتعالى-: ﴿فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْۚ﴾[3]: «أمر الله تعالى بالإشهاد تنبيهاً على التحصن وزوالاً للتهم.. والظاهر أن المراد إذا أنفقتم شيئاً على المولى عليه فأشهدوا حتى لو وقع خلاف أمكن إقامة البينة، فإن كل مال قبض على وجه الأمانة بإشهاد لا يبرأ منه إلا بالإشهاد على دفعه..»[4].

ثانياً: من الآثار:

ما روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال: «إني أنزلت مال الله تعالى مني

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٥٤).

(٢) هو محمّد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري، الخزرجي، الأندلسي، القرطبي، المالكي، يكنى بأبي عبد الله، المفسر المشهور، كان من العُبّاد الصالحين العارفين الورعين، له مؤلفات منها: الجامع لأحكام القرآن، والتذكار في أفضل الأذكار، توفي سنة ٦٧١هـ.
الديباج المذهب، ص٣١٧-٣١٨، شذرات الذهب (٥/ ٣٣٥).

(٣) سورة النساء الآية: ٦.

(٤) الجامع لأحكام القرآن (٥/ ٤٤-٤٥).

بمنزلة مال اليتيم إن استغنيت استعففت، وإن افتقرت أكلت بالمعروف، فإذا أيسرت قضيت»[١].

وهذا الأثر واضح الدلالة.

مناقشة هذا الدليل:

نوقش من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: ناقشه ابن العربي[٢] بأن قول عمر: «أنا كولي اليتيم..» دليل على أن الخليفة ليس كالوصي، ولكن عمر بورعه جعل نفسه كالوصي[٣].

الوجه الثاني: كما ناقشه ابن العربي -أيضاً- بأن ما يأكله الخلفاء والولاة والفقهاء ليس بأجرة، وإنما هو حق جعله الله لهم لنازلهم ومنتابهم، وإلا فالذي يفعلونه فرض عليهم، فكيف تجب الأجرة لهم وهو فرض عليهم، والفريضة تنفي الأجرة، لا سيما إذا كان عملاً غير معين كعمل الخلفاء ونحوهم[٤].

الوجه الثالث: ناقشه القرطبي بأن الأمة قد أجمعت على أن الإمام

---

(١) سبق تخريجه، ص٨٨١.

(٢) هو محمّد بن عبد الله بن محمّد بن عبد الله المعافري، الأندلسي، الأشبيلي، المالكي، المعروف بـ (ابن العربي)، أبو بكر، ولد بأشبيلية وولي القضاء بها، ودخل بغداد وسمع بها، ولقي جماعة من المحدثين في القاهرة، ثم عاد إلى الأندلس، له مصنفات منها: أحكام القرآن، وشرح جامع الترمذي، توفي سنة ٥٤٣هـ. (الديباج المذهب، ص٢٨١، شذرات الذهب ٤/ ١٤١).

(٣) أحكام القرآن (١/ ٣٢٦).

(٤) المرجع السابق.

الناظر للمسلمين لا يجب عليه غرم ما أكل بالمعروف؛ لأن الله -سبحانه وتعالى- فرض سهمه في مال الله، فلا يكون لهم حجة في قول عمر إن صح[١].

ثالثاً: من المعقول:

أن مال الصغير أو المجنون مال لغير الوصي والقاضي أجيز له أكله للحاجة، فوجب عليه ضمانه، كمن اضطر إلى مال غيره[٢].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه عبد الرحمن بن قدامة، وابن مفلح بأنه قياس مع الفارق، فالمضطر يكون العوض واجباً عليه في ذمته، ولأنه لم يأكله عوضاً عن شيء، والوصي والقاضي بخلافه، فلا يصح القياس[٣].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن الوصي أو القاضي يأكل من مال الصغير أو المجنون على سبيل الإباحة، فلا يلزمه عوض إذا أيسر؛ لقوة ما استدلوا به، خاصة الآية الكريمة، وحديث عمرو بن شعيب فإن الإطلاق فيهما وعدم ذكر العوض يدل دلالة ظاهرة على عدم لزومه، ولأنه مطلوب من الوصي والقاضي الاتجار في مال الصغير واستثماره، فمن باب العدل أن يأكل منه إذا كان محتاجاً بدون عوض، وذلك مقابل عمله.

---

(١) الجامع لأحكام القرآن (٥/ ٤٢).

(٢) المهذب (١/ ٣٣٧)، روضة الطالبين (٤/ ١٩٠)، الكافي لموفق الدين بن قدامة (٢/ ١٨٩)، الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة (٤/ ٥٣١)، المبدع (٤/ ٣٤٦).

(٣) الشرح الكبير (٤/ ٥٣١)، المبدع (٤/ ٣٤٦).

المبحث الثامن عشر

خلط الوصي طعام الصغير أو المجنون بطعامه

إذا كان الصغير أو المجنون مع وصيه في بيت واحد فهل يملك الوصي خلط طعامه بطعامه وأكلهما منه جميعاً، أولا يملك ذلك، بل يجب عليه الإفراد؟

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على ملكية الوصي لخلط طعام الصغير أو المجنون بطعامه إذا كان في ذلك مصلحة للصغير أو المجنون.

فقد قال بذلك الحنفية[(١)]، والمالكية[(٢)]، والشافعية[(٣)] والحنابلة[(٤)].

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

أولاً: استدلوا على ملكية الوصي الخلط إذا كان للصغير أو المجنون مصلحة فيه بما يلي:

قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ

---

(١) جامع الفصولين (٢/ ٢٠).

(٢) الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٣٣، ١٠٣٤).

(٣) المهذب (١/ ٣٣٧)، روضة الطالبين (٤/ ١٩٠، ٦/ ٣٢٢)، مغني المحتاج (٢/ ١٧٦، ٣/ ٧٨)، تحفة المحتاج (٥/ ١٨٢)، أسنى المطالب (٢/ ٢١٣).

(٤) الكافي لموفق الدين ابن قدامة (٢/ ١٨٩)، الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة (٤/ ٥٢٤)، مجموع الفتاوى (٣١/ ٣٣١)، غاية المنتهى (٢/ ١٣٩)، كشاف القناع (٣/ ٤٥٠).

لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ (٢٢٠)﴾[١].

فقد روى عبد الله بن عباس -رضي الله عنهما- قال: لما أنزل الله عز وجل ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾[٢] الآية، ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا..﴾[٣] الآية، انطلق من كان عنده يتيم فعزل طعامه من طعامه وشرابه وخرابه، فجعل يفضُلُ فيُحْبسُ له حتى يأكل أو يفسد فاشتدّ ذلك عليهم فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ، فأنزل الله -عز وجل-: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ﴾[٤]، فخلطوا طعامهم بطعامه، وشرابهم بشرابه[٥].

قال ابن سعدي: «فأخبرهم تعالى أن المقصود إصلاح أموال اليتامى بحفظها وصيانتها، والاتجار فيها، وأن خلطتهم إياهم في طعام وغيره جائز على وجه لا يضر باليتامى، لأنهم إخوانكم، ومن شأن الأخ

---

(١) سورة النساء الآية: ٦.

(٢) سورة الأنعام الآية: ١٥٢، وسورة الإسراء الآية: ٣٤.

(٣) سورة النساء الآية: ١٠.

(٤) سورة البقرة الآية: ٢٢٠.

(٥) رواه أبو داود في كتاب الوصايا -باب: مخالطة اليتيم في الطعام (٣/ ١١٤)، والنسائي في كتاب الوصايا -باب: ما للوصي من مال اليتيم إذا قام عليه، (٦/ ٢٥٦)، الحديثان (٣٦٦٩، ٣٦٧٠). وأحمد (١/ ٣٢٦).

مخالطة أخيه، والمرجع في ذلك إلى النية والعمل، فمن علم من نيته أنه مصلح لليتيم، وليس له طمع في ماله، فلو دخل عليه شيء -من غير قصد- لم يكن عليه بأس، ومن علم الله من نيته أن قصده بالمخالطة التوصل إلى أكلها فذلك الذي فيه حرج وإثم، والوسائل لها أحكام المقاصد»[1].

ثانياً: واستدلوا على عدم ملكية الوصي الخلط عند عدم المصلحة بما يلي:

قال الله -سبحانه وتعالى -: ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾[2] الآية.

وهذه الآية واضحة الدلالة.

---

(١) تيسير الكريم الرحمن (١/ ٢٧٣).

(٢) سورة الأنعام الآية: ١٥٢، وسورة الإسراء الآية: ٣٤.

المبحث التاسع عشر

سفر الوصي أو القاضي بمال الصغير أو المجنون

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: سفر الوصي أو القاضي بمال الصغير أو المجنون للتجارة.

المطلب الثاني: سفر الوصي أو القاضي بمال الصغير أو المجنون لغير التجارة.

المطلب الأول: سفر الوصي أو القاضي بمال الصغير أو المجنون للتجارة

إذا كان مال الصغير أو المجنون يحتاج لأجل الاتجار به وتنميته إلى المسافر به من بلد إلى بلد، فهل يملك الوصي أو القاضي ذلك، أو لا يملكه؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الوصي أو القاضي يملك المسافرة بمال الصغير أو المجنون للتجارة إذا كان ذلك في المواضع الآمنة.

وبهذا قال الحنفية[١].

وهو الظاهر من قول المالكية، حيث قالوا بملكية الوصي والقاضي لكل تصرف في مال الصغير أو المجنون يكون على وجه النظر[٢]، والسفر بمال للتجارة إذا كان في المواضع الآمنة كذلك، فيملكه الوصي والقاضي.

وهو الوجه الصحيح عند الشافعية[٣]، وبه قال الحنابلة[٤].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٥٤)، فتاوى قاضيخان (٣/ ٣٧٤)، مجمع الضمانات، ص٤٠١، آداب الأوصياء (٢/ ١١٩)، حاشية الطحاوي (٤/ ٣٤٢).

(٢) أصول الفتيا، ص٤٠٩، الفروق (٤/ ٣٩).

(٣) روضة الطالبين (٤/ ١٩١)، مغني المحتاج (٢/ ١٧٤)، فتح الجواد (١/ ٤٨٣)، أسنى المطالب (٢/ ٢١٤).

(٤) الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٥٢٠)، المحرر (١/ ٣٤٧)، الفروع (٤/ ٣١٩)، المبدع (٤/ ٣٣٨)، الإنصاف (٥/ ٣٢٦)، تصحيح الفروع (٤/ ٣١٩).

القول الثاني: أن الوصي أو القاضي لا يملك السفر بمال الصغير أو المجنون مطلقاً.

وهذا وجه عند الشافعية[١].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

١. ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ خطب الناس، فقال: «ألا من ولي يتيماً له مال فليتّجر فيه، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة»[٢].

٢. ما رواه أنس بن مالك ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «اتّجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة»[٣].

وجه الاستدلال بهذين الحديثين:

حيث إن الرسول ﷺ أمر بالاتجار في أموال اليتامى وهذا يدل على ملكية الوصي والقاضي الاتجار بمال اليتيم، والسفر بالمال للاتجار من توابع الاتجار فيملكه الوصي والقاضي؛ لأن من ملك شيئاً ملك توابعه[٤].

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ١٩١).

(٢) سبق تخريجه، ص٧٤٨.

(٣) سبق تخريجه، ص٧٤٩.

(٤) بدائع الصنائع (٥/ ١٥٤).

ويقاس عليه المجنون.

لكن حديث عمرو بن شعيب ضعيف كما سبق في تخريجه، والصحيح أنه موقوف على عمر بن الخطاب ﷺ.

ثانياً: من المعقول:

أن مصلحة الصغير أو المجنون قد تقتضي السفر بماله للتجارة، والوصي أو القاضي مأمور بالمصلحة، فيملك السفر به لذلك[١].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الوصي أو القاضي لا يملك السفر بمال الصغير أو المجنون ولو للتجارة قياساً على الوديعة[٢].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه النووي بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الوصي أو القاضي مأمور بالمصلحة، وقد تقتضي السفر، بخلاف المودَع[٣].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول بملكية الوصي أو القاضي السفر بمال الصغير أو المجنون للتجارة إذا كان ذلك في المواضع الآمنة؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ١٩١)، مغني المحتاج (٢/ ١٧٤)، أسنى المطالب (٢/ ٢١٤)، حاشية الشرواني (٥/ ١٨٠).

(٢) روضة الطالبين (٤/ ١٩١).

(٣) المرجع السابق.

ذلك من المصلحة الظاهرة للصغير أو المجنون بتحقيق الربح في ماله مع المحافظة عليه من الضياع؛ لأن الأرباح قد لا تتحقق إلا بالسفر بالمال.

المطلب الثاني: سفر الوصي أو القاضي بمال الصغير أو المجنون لغير التجارة

إذا أراد الوصي أو القاضي السفر من بلده إلى بلد آخر لأمر من الأمور الخاصة به وعنده مال لصغير أو مجنون، فهل يملك السفر به معه، أو لا يملكه؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الوصي أو القاضي يملك السفر بمال الصغير أو المجنون لغير التجارة إذا كان ذلك في المواضع الآمنة.

وبهذا قال الحنفية[1]، وهو الوجه الصحيح عند الشافعية[2].

وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة[3].

القول الثاني: أن الوصي أو القاضي لا يملك السفر بمال الصغير أو المجنون إلا لضرورة كحريق، أو نهب، أو نحو ذلك.

وهذا وجه عند الشافعية[4]، وبه قال بعض الحنابلة[5].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٥٤)، فتاوى قاضيخان (٣/ ٣٧٤)، آداب الأوصياء (٢/ ١١٩)، حاشية الطحاوي (٤/ ٣٤٢).

(٢) روضة الطالبين (٤/ ١٩١)، مغني المحتاج (٢/ ١٧٤)، فتح الجواد (١/ ٤٨٣)، أسنى المطالب (٢/ ٢١٤).

(٣) المحرر (١/ ٣٤٧)، الفروع (٤/ ٣١٩)، المبدع (٤/ ٣٣٨)، الإنصاف (٥/ ٣٢٧)، غاية المنتهى (٢/ ١٣٨).

(٤) المهذب (١/ ٣٣٦)، روضة الطالبين (٤/ ١٩١).

(٥) الكافي لموفق الدين بن قدامة (٢/ ١٩١)، الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة (٤/ ٥٢٢)، المبدع (٤/ ٣٣٨)، الإنصاف (٥/ ٣٢٧).

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الوصي أو القاضي مأمور بما فيه مصلحة للصغير أو المجنون، والمصلحة قد تقتضي السفر بماله، فيملكه الوصي والقاضي[(١)].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن المصلحة لا تتوفر في كل سفر، فلا بدّ من تقييده بما فيه مصلحة، ككون السفر به أحفظ له، أو للبحث عمن يتّجر به، أو نحو ذلك من المصالح.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم ملكية الوصي أو القاضي السفر بمال الصغير أو المجنون عند عدم الضرورة بما يلي:

١. ما استدل به من قال بعدم ملكية الوصي أو القاضي السفر بمال الصغير أو المجنون للتجارة في المطلب السابق من القياس على الوديعة، وقد سبقت مناقشته.

٢. أن في السفر بمال الصغير أو المجنون تغريراً به، ومخاطرة، فلا يملكه الوصي أو القاضي إلا عند الضرورة[(٢)].

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ١٩١)، مغني المحتاج (٢/ ١٧٤)، أسنى المطالب (٢/ ٢١٤).
(٢) المهذب (١/ ٣٣٦)، الكافي لابن قدامة (٢/ ١٩١).

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن من قال بملكية الوصي والقاضي لذلك -وهم أصحاب القول الأول- اشترطوا أن يكون في المواضع الآمنة، فلا يكون في السفر تغرير ومخاطرة.

ثانياً: واستدلوا على ملكية الوصي أو القاضي السفر بمال الصغير أو المجنون عند الضرورة بما يلي:

أن السفر بمال الصغير والمجنون عند الضرورة كما إذا خيف عليه من الهلاك بحريق، أو نهب، أو نحو ذلك أحوط من تركه، وأحفظ له، فيملكه الوصي أو القاضي؛ لأنه مأمور بحفظه[1].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول بأن الوصي أو القاضي لا يملك السفر بمال الصغير أو المجنون لغير التجارة إلا بشرطين:

الأول: ما ذكره أصحاب القول الأول من أن يكون ذلك في المواضع الآمنة.

الثاني: أن يكون في السفر بالمال مصلحة للصغير أو المجنون كالبحث عمن يتّجر به، أو لكون السفر أحفظ له، أو نحو ذلك من المصالح.

---

(١) المهذب (١/ ٣٣٦).

وذلك لأن الوصي أو القاضي مأمور بالإصلاح في مال الصغير أو المجنون لقول الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ الآية[1]، وقوله:﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ..﴾[2] الآية، والسفر لغير التجارة لا يكون إصلاحاً في مال الصغير والمجنون إلا إذا توفر فيه هذان الشرطان.

أما عند الضرورة كالخوف من الحريق، أو النهب، أو نحو ذلك فالأظهر وجوب السفر؛ لأنه وسيلة إلى الحفظ في هذه الحالة، والحفظ واجب.

---

(١) سورة الأنعام، الآية (١٥٢)، والإسراء، الآية (٣٤).

(٢) سورة البقرة الآية: ٢٢٠.

المبحث العشرون

بناء الوصي أو القاضي العقار للصغير أو المجنون

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ملكية الوصي أو القاضي لبناء العقار للصغير أو المجنون.

المطلب الثاني: المادة التي يملك الوصي أو القاضي بناء العقار بها للصغير أو المجنون.

المطلب الأول: ملكية الوصي أو القاضي لبناء العقار للصغير أو المجنون

إذا كان بيد الوصي أو القاضي مال للصغير أو المجنون فأراد البناء له، إما بناء بيوت، أو محلات تجارية بقصد استثمارها عن طريق التأجير، أو بناء بيت ليُسكنه إياه، أو نحو ذلك، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على ملكية الوصي أو القاضي لبناء العقار للصغير أو المجنون إذا رأى المصلحة في ذلك.

فهو الظاهر من قول الحنفية، والمالكية حيث قالوا بملكية الوصي والقاضي لكل تصرف فيه نظر ومصلحة للصغير أو المجنون[1]، فيدخل في ذلك بناء العقار.

وبه قال الشافعية[2]، والحنابلة[3].

الدليل:

استدلوا بما يلي:

أن بناء العقار في معنى الشراء، فيملكه الوصي أو القاضي إذا كان فيه مصلحة للصغير أو المجنون[4].

---

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٥٣)، أصول الفتيا ص٤٠٩، الفروق (٤/ ٣٩).

(٢) المهذب (١/ ٣٣٥)، حلية العلماء (٤/ ٥٣٠)، روضة الطالبين (٤/ ١٨٧)، مغني المحتاج (٢/ ١٧٤)، أسنى المطالب (٢/ ٢١١).

(٣) الكافي لابن قدامة (٢/ ١٩٠)، الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٥٢٣)، المبدع (٤/ ٣٣٩)، الإنصاف (٥/ ٣٣٠)، التوضيح ص١٩٣.

(٤) الكافي لابن قدامة (٢/ ١٩٠)، الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٥٢٣)، المبدع (٤/ ٣٣٩).

المطلب الثاني: المادة التي يملك الوصي أو القاضي بناء العقار بها للصغير أو المجنون

تقدم في المطلب السابق أن الوصي أو القاضي يملك بناء العقار للصغير أو المجنون إذا كان فيه مصلحة له، ولكن ما هي المادة التي يملك البناء بها؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الوصي أو القاضي يملك بناء العقار للصغير أو المجنون بما جرت عادة أهل بلده.

وبهذا قال بعض الشافعية[١]، وبعض الحنابلة[٢].

القول الثاني: أن الوصي أو القاضي يملك بناء العقار للصغير أو المجنون، بالآجر[٣] والطين، لا باللبن والجص ونحوهما.

وبهذا قال أكثر الشافعية[٤]، وأكثر الحنابلة[٥].

---

(١) حلية العلماء (٤/ ٥٣٠)، روضة الطالبين (٤/ ١٧٨)، أسنى المطالب (٢/ ٢١١).

(٢) الكافي لابن قدامة (٢/ ١٩٠)، الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٥٢٣)، المبدع (٤/ ٣٣٩-٣٤٠)، الإنصاف (٥/ ٣٣٠)، التوضيح، ص١٩٣.

(٣) قال المطرزي: هو الطين المطبوخ، وقال البعلي: اللّبن المشوي، وهو فارسي معرب. (المغرب، مادة «أجر» ١/ ٣٠، المطلع ص٤٠٤).

(٤) المهذب (١/ ٣٣٥)، حلية العلماء (٤/ ٥٣٠)، روضة الطالبين (٤/ ١٨٧)، مغني المحتاج (٢/ ١٧٤)، أسنى المطالب (٢/ ٢١١).

(٥) الكافي لابن قدامة (٢/ ١٩٠)، الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٥٢٣)، المبدع (٤/ ٣٤٠)، الإنصاف (٥/ ٣٣٠)، وقد حمل بعضهم هذا القول على من كانت عادته البناء بذلك.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن ما جرت عادة أهل البلد لبناء به هو العرف، فيكون بناء الوصي أو القاضي به؛ لأنه يتصرف حسب العرف[1].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن البناء بالآجر والطين أحظ للصغير أو المجنون؛ لأن الآجر يبقى، واللبن يهلك، والجص يجحف به، والطين لا ثمن له، والجص يتناثر ويذهب ثمنه، والطين لا يتناثر، وإن تناثر فلا ثمن له، والآجر لا يتخلص من الجص إذا أراد نقضه، ويتلف عليه، ويتخلص من الطين فلا يتلف عليه[2].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه عبد الرحمن بن قدامة بأنه قد يكون الحظ للصغير أو المجنون في البناء بغير الآجر والطين، فإذا تركه الوصي أو القاضي وبنى بهما ضيّع حظ الصغير أو المجنون وماله، ولا يجوز تضييع الحظ العاجل وتحمل الضرر الناجز المتيقن لتوهم مصلحة بقاء الآجر عند هدم البناء، ولعل هذا لا يكون في حياته ولا يحتاج إليه، مع أن كثيراً من البلدان لا يوجد

---

(١) المبدع (٤/ ٣٣٩-٣٤٠).

(٢) المهذب (١/ ٣٣٥)، مغني المحتاج (٢/ ١٧٤)، الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٥٢٣)، المبدع (٤/ ٣٤٠).

فيها الآجر، وكثير منها لم تجر عادتهم بالبناء به، فلو كلّفوا البناء به لاحتاجوا إلى غرامة كثيرة لا يحصل منها طائل[1].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن الوصي أو القاضي يملك بناء العقار للصغير أو المجنون بما جرت عادة أهل بلده؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن الوصي أو القاضي مأمور بالإصلاح في مال الصغير أو المجنون وقد لا يحصل بالبناء بما قاله أصحاب القول الثاني كما في وقتنا الحاضر وذلك بإحجام الناس عن استئجارها.

قال القفال الشاشي[2] عن القول الثاني: «قال صاحب الحاوي: وليس لهذا التحديد (يعني تحديد البناء بالآجر والطين) وجه صحيح، لأن لكل قوم عرفاً ولكل بلد عادة..»[3].

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ١٥٥٢٣).

(٢) هو محمّد بن أحمد بن الحسين الشاشي، أبو بكر، الملقب بفخر الإسلام ولد سنة ٤٢٩هـ وتفقّه على الطوسي، والشيرازي، وغيرهما، وكان عالماً ورعاً زاهداً، ودرّس بالمدرسة النظامية ببغداد، له مصنفات منها: الشافي في شرح مختصر المزني، وحلية العلماء، والترغيب في المذهب، وتوفي سنة ٥٠٧هـ.

(طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٤/ ٥٧-٦١)، طبقات الشافعية للإسنوي (٢/ ٩-١٠)).

(٣) حلية العلماء (٤/ ٥٣٠).

المبحث الحادي والعشرون
انفراد أحد الأوصياء
بالتصرف في مال الصغير أو المجنون إذا تعددوا

قد يوصي ولي الصغير أو المجنون إلى أكثر من شخص للتصرف في مال الصغير أو المجنون، إما لشدة شفقته، أو لكثرة المال، أو غير ذلك، فإذا فعل ذلك، فهل يملك أحدهم الانفراد بالتصرف، أي التصرف بدون أخذ آراء الأوصياء الآخرين، أو لا يملك ذلك؟

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على صورتين:

الصورة الأولى: أن يوصى إلى اثنين فأكثر، ويصرح بأن لكل واحد حق الانفراد بالتصرف، كأن يقول: أوصيتُ إليكما، أو إليكم في كذا، ولكل واحد أن ينفرد بالتصرف.

فيملك كل واحد الانفراد بالتصرف في هذه الصورة.

الصورة الثانية: أن يوصي إلى اثنين فأكثر ليتصرفوا مجتمعين، ويصرح بالاجتماع على التصرف، كأن يقول: أوصيتُ إليكما، أو إليكم في كذا على أن تجتمعوا على التصرف فيه.

فلا يملك كل واحد الانفراد بالتصرف في هذه الصورة.

وقد نقل هذا الاتفاق ابن قدامة، حيث قال: «ويجوز أن يوصي إلى رجلين معاً في شيء واحد ويجعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً،

فيقول: أوصيتُ إلى كل واحد منكما أن ينفرد بالتصرف.. وله أن يوصي إليهما ليتصرفا مجتمعين وليس لواحد منهما الانفراد بالتصرف.. وهاتان الصورتان لا أعلم فيهما خلافاً»[1].

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

أولاً: استدلوا على ملكية أحد الأوصياء الانفراد في الصورة الأولى بما يلي:

أن الموصي جعل كل واحد وصياً منفرداً، وهذا يقتضي تصرفه على الانفراد[2].

ثانياً: واستدلوا على عدم ملكية أحد الأوصياء للانفراد في الصورة الثانية بما يلي:

أن الموصي بوصيته إليهما، أو إليهم مجتمعين لم يجعل التصرف إلى واحد منهما أو منهم، ولم يرض بنظره وحده، فلا يملك الانفراد[3].

أما الصورة الثالثة: وهي فيما إذا أطلق الموصي، كأن يقول: أوصيتُ إليكما، أو إليكم في كذا، فاختلف الفقهاء فيها على قولين:

القول الأول: أن أحد الأوصياء لا يملك الانفراد بالتصرف في مال الصغير أو المجنون.

---

(١) المغني (٦/ ٥٦٨-٥٦٩).

(٢) المرجع السابق (٦/ ٥٦٨).

(٣) المرجع السابق.

وهذا هو الظاهر من قول أبي حنيفة، ومحمد بن الحسن من أصحابه[1].

وبه قال المالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4].

القول الثاني: أن أحد الأوصياء يملك الانفراد بالتصرف في مال الصغير أو المجنون.

وبهذا قال أبو يوسف من الحنفية[5].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١.أن إطلاق الموصي في الوصية لأوصياء متعددين يجعل له حكم

---

(١) المبسوط (١٩/ ٣٠)، النتف في الفتاوى (٢/ ٨٢٨)، تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٨)، الهداية (٤/ ٢٦٠)، آداب الأوصياء (٢/ ٣٤١-٣٤٢)، حيث قالوا: بأن أحد الأوصياء لا يملك الانفراد إلا في ثلاث عشرة مسألة، وهي: شراء كفن الميت وتجهيزه، وطعام الصغار وكسوتهم، ورد الوديعة بعينها، ورد المغصوب، والمشترى شراءً فاسداً، وحفظ الأموال، وقضاء الديون، وتنفيذ وصية بعينها، وعتق عبد بعينه، والخصومة في حق الميت، وقبول الهبة، وبيع ما يخشى عليه القوى والتلف، وجمع الأموال الضائعة.
فلم يذكر منها التصرف في مال الصغير والمجنون، فيبقى على عدم ملكية الانفراد.

(٢) الكافي لابن عبد البر (٢/ ١٠٣١).

(٣) المهذب (١/ ٤٧٠)، روضة الطالبين (٦/ ٣١٨)، مغني المحتاج (٣/ ٧٧)، فتح الوهاب (٢/ ٢٠)، حاشية قليوبي (٣/ ١٧٩-١٨٠).

(٤) المغني (٦/ ٥٦٩-٥٧٥)، الفروع (٤/ ٧٠٩)، المبدع (٦/ ١٠٢)، الإنصاف (٧/ ٢٨٩-٢٩٠)، غاية المنتهى (٢/ ٣٦٦).

(٥) المبسوط (١٩/ ٣٠)، تبيين الحقائق (٦/ ٢٠٨)، مجمع الأنهر (٢/ ٧٢١)، آداب الأوصياء (٢/ ٣٤١-٣٤٢).

التقييد بالاجتماع في عدم ملكية الانفراد بالتصرف؛ لأنه المتيقن[١].

٢. أن الموصي بإيصائه إلى أوصياء متعددين لم يرض إلا بتصرفهم جميعاً، والانفراد يخالف ذلك، فلا يجوز[٢].

٣. أن الموصي قد شرّك بين الوصيين أو الأوصياء في النظر، فلم يكن لأحدهما، أو أحدهم الانفراد، كالوكيلين أو الوكلاء[٣].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الوصاية سبيلها الولاية، وهي وصف شرعي لا يتجزأ، فيثبت لكل من الوصيين أو الأوصياء كاملاً، كولاية الإنكاح للأخوين[٤].

مناقشة هذا الدليل:

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: ناقشه المرغيناني بأنه قياس مع الفارق، وذلك لما يأتي:

- أن الولاية ثبتت بالتفويض، فيراعى وصف التفويض، وهو شرط الاجتماع إذ هو شرط مقيد، وما رضي الموصي إلا بالمثنى، وليس الواحد كالمثنى، بخلاف

---

(١) روضة الطالبين (٦/ ٣١٨).

(٢) المهذب (١/ ٤٧٠)، كشاف القناع (٤/ ٣٩٥).

(٣) المغني (٦/ ٥٦٩)، المبدع (٦/ ١٠٢).

(٤) الهداية ٤/ ٢٦٠، مجمع الأنهر ٢/ ٧٢١.

الأخوين في النكاح.

- أن السبب في الإنكاح القرابة، وقد قامت بكل منهما كاملاً، بخلاف الوصي فليس السبب هو القرابة.

- أن الإنكاح حق مستحق للمرأة على الولي حتى لو طالبته بإنكاحها من كفء يخطبها يجب عليه، وها هنا حق التصرف للوصي، ولهذا يبقى مخيّراً في التصرف، ففي الأول أوفى حقاً على صاحبه فصح، وفي الثاني استوفى حقاً لصاحبه فلا يصح[١].

الوجه الثاني: ناقشه ابن قدامة بأنه يبطل بما لو وكل وكيلين، أو صرح للوصيين أو الأوصياء بعدم التصرف إلا مجتمعين[٢].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن أحد الأوصياء لا يملك الانفراد بالتصرف في مال الصغير أو المجنون؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من الاحتياط في النظر على ماليهما.

---

(١) الهداية (٤/ ٢٦٠)، مجمع الأنهر (٢/ ٧٢١).
(٢) المغني (٦/ ٥٦٩).

المبحث الثاني والعشرون
تلف مال الصغير أو المجنون
تحت يد الوصي أو القاضي، وضمانه

إذا تلف شيء ما مال الصغير أو المجنون في يد الوصي أو القاضي، فهل يضمن مطلقاً، أو يعد أميناً فلا يضمن إلا بتعد أو تفريط؟

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن كلا من الوصي والقاضي أمين على ما في يده من مال الصغير أو المجنون فإن تعدى في أي تصرف من التصرفات السابقة أو غيرها فتصرف فيه تصرفاً لا يملكه، أو فرط في حفظه فإنه يضمن ما يترتب على تصرفه، وإن لم يتعد ولم يفرط فإنه لا يضمن.

فقد قال بذلك الحنفية[(١)]، والمالكية[(٢)]، والشافعية[(٣)]، والحنابلة[(٤)].

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

أن كلاً من الوصي والقاضي نائب عن الصغير والمجنون في اليد والتصرف، فكان المال في يده أمانة، فلا يضمنه إلا بتعد أو تفريط[(٥)].

---

(١) النتف في الفتاوى (١/ ٥٢٩).

(٢) أصول الفتيا، ص٣٩١، الفروع (٢/ ٢٠٨).

(٣) تقويم النظر (٢/ ٧١٠).

(٤) المبدع (٤/ ٣٨١)، الروض الندي، ص٣٥٧، كشف المخدرات (١/ ٢٦٧)، كشاف القناع (٣/ ٤٨٥)، الإرشاد لابن سعدي، ص١٤١.

(٥) المبدع (٤/ ٣٨١)، الروض الندي، ص٢٥٧.

كما يمكن الاستدلال لهم بما يلي:

أن مال الصغير أو المجنون قد وضع في يد الوصي أو القاضي لتصريف شئونه دون تملكه، فيكون أميناً عليه قياساً على الوكيل في المال الموكل عليه، والوقف في يد الناظر عليه.

الباب الثالث

تصرفات الأمين في عقود التوثيق، والحفظ

وفيه فصلان:

الفصل الأول: تصرفات الأمين في عقود التوثيق (التصرف في الرهن).

الفصل الثاني: تصرفات الأمين في عقود الحفظ (تصرفات المودَع في الوديعة).

الفصل الأول
تصرفات الأمين في عقود التوثيق
(التصرفات في الرهن)[1]

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تصرفات المرتهن في الرهن إذا كان بيده.

المبحث الثاني: تصرفات العدل في الرهن إذا كان بيده.

(١) سبق تعريف الرهن في اللغة والشرع، ص٨٧.

المبحث الأول

تصرفات المرتهن في الرهن إذا كان بيده

المطلب الأول: بيع المرتهن الرهن للاستيفاء

المطلب الثاني: رهن المرتهن للرهن.

المطلب الرابع: إعارة المرتهن للرهن.

المطلب الخامس: انتفاع المرتهن بالرهن.

المطلب السادس: سفر المرتهن بالرهن.

المطلب السابع: تلف الرهن يد المرتهن، وضمانه.

المطلب الأول: بيع المرتهن الرهن للاستيفاء

إذا ارتهن إنسان عيناً كدار أو مزرعة، أو نحو ذلك فحلّ الأجل ولم يستطع الراهن وفاء هذا الدين، فهل يملك بيع هذه العين لاستيفاء دينه من ثمنها، أو لا يملك ذلك إلا بإذن الراهن؟

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن المرتهن لا يملك بيع الرهن للاستيفاء عند حلول الأجل إلا بإذن الرهن.

فقد قال بذلك الحنفية(١)، والمالكية(٢)، والشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

١. أن الثابت للمرتهن هو ملك الحبس، وأما ملك العين فهو باقٍ في ملكية الراهن، والبيع تمليك للعين، فلا يملكه المرتهن من غير إذن الراهن(٥).

٢. أن الرهن ملك للراهن، فلا يملك المرتهن بيعه عند حلول الأجل إلا برضاه(٦).

---

(١) تحفة الفقهاء (٣/ ٤٢)، النتف في الفتاوى (٢/ ٦٠٥)، الهداية (٤/ ١٣٠، ١٤٣)، مجمع الضمانات، ص١٠٨-١٠٩، البحر الرائق (٨/ ٢٦٢)، اللباب (٢/ ٥٨-٦٠).

(٢) المدونة (٥/ ٣٠٤)، الإشراف (٢/ ٥)، التفريع (٢/ ٢٦٥)، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٢٢)، بداية المجتهد (٢/ ٢٧٥).

(٣) الأم (٣/ ١٧٢)، الوجيز (١/ ١٦٥)، روضة الطالبين (٤/ ٨٨)، مغني المحتاج (٢/ ١٣٤).

(٤) مسائل الإمام أحمد لابنه صالح (١/ ١٨٧)، ومسائله لابنه عبد الله، ص٢٩٣، المغني (٤/ ٤٥٠)، المحرر (١/ ٣٣٧)، العدة، ص٢٤٩-٢٥٠، الإنصاف (٥/ ١٦٢).

(٥) بدائع الصنائع (٦/ ١٤٦).

(٦) الهداية (٤/ ١٤٣).

المطلب الثاني: رهن المرتهن للرهن

إذا ارتهن إنسان عيناً كدار، أو قطعة أرض، أو نحو ذلك، ثم استدان ديناً فأراد رهن هذه العين مقابل هذا الدين فهل يملك ذلك، أو لا يملكه إلا بإذن الراهن؟

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على عدم ملكية المرتهن لرهن ما ارتهنه إلا بإذن الراهن.

فقد قال بذلك الحنفية[١].

وهذا هو الظاهر من قول المالكية، حيث قالوا بعدم ملكية المرتهن لبيع الرهن للاستيفاء إلا بإذن الراهن كما سبق، وبعدم ملكيته لإجارته إلا بإذن الراهن -أيضاً- كما سيأتي -إن شاء الله-، فهذا يدل على أنهم يرون عدم ملكيته للتصرف في الرهن، ومن ذلك رهنه.

وهو الظاهر من قول الشافعية، حيث قال النووي: «المرتهن ممنوع من جميع التصرفات القولية، والفعلية»[٢].

ولقولهم بعدم ملكيته لبيع الرهن للاستيفاء إلا بإذن الراهن كما سبق.

وبه قال الحنابلة[٣].

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ١٤٧)، فتاوى قاضيخان (٣/ ٣٧٤)، مجمع الضمانات، ص١٠٩، الفتاوى البزازية (٦/ ٦٨)، الفتاوى الهندية (٥/ ٤٦٤).

(٢) روضة الطالبين (٤/ ٩٩).

(٣) المغني (٤/ ٣٨٢)، المبدع (٤/ ٢١٧)، مغني ذوي الأفهام، ص١١٧.

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

١. أن عقد الرهن يفيد ملكية حبس المرهون، والراهن إنما رضي بحبس المرتهن، ولم يرض بحبس غيره، فلا يجوز إلا بإذنه[١].

٢. أن المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه عند تعذر الوفاء، والرهن لا يجوز بيعه حال الارتهان، فلا يصح رهنه[٢].

المطلب الثالث: إجارة المرتهن للرهن

إذا ارتهن إنسان عيناً من الأعيان التي تمكن إجارتها، كدار، أو سيارة، أو نحو ذلك، فهل يملك إجارتها، أو لا يملكها إلا بإذن الراهن؟ وإذا أذن له الراهن فأجرها فهل تبقى على حال الارتهان أو تخرج عنها؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المرتهن لا يملك إجارة الرهن إلا بإذن الراهن، فإذا أذن له ملكها، ويبقى على حال الارتهان.

وبهذا قال المالكية[٣]، وأكثر الحنابلة[٤].

القول الثاني: أن المرتهن لا يملك إجارة الرهن إلا بإذن الراهن، فإذا أذن

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ١٤٧).

(٢) المغني (٤/ ٣٨٢)، المبدع (٤/ ٢١٧).

(٣) الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨١٦)، أصول الفتيا، ص٢٤٨.

(٤) الكافي لابن قدامة (٢/ ١٤١-١٤٢)، المبدع (٤/ ٢٢٢)، كشاف القناع (٣/ ٣٥٥).

له ملكها، ويخرج عن حال الارتهان بذلك.

وبهذا قال الحنفية[(١)].

القول الثالث: أن المرتهن لا يملك إجارة الرهن وإن أذن له الراهن، فإن فعل خرج عن حال الارتهان.

وبهذا قال بعض الحنابلة[(٢)].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن في عدم الإجارة مع الإذن تعطيلاً لمنافع الرهن، ولا فائدة في تعطيلها؛ لأنه تضييع للمال، وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال[(٣)] [(٤)].

٢. أن يد المستأجر نائبة عن يد المرتهن في الحفظ، فجازت الإجارة مع الإذن، كما لو جعلاه في يد عدل[(٥)].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

---

(١) المبسوط (٢١/ ١٠٨)، بدائع الصنائع (٦/ ١٤٧)، الهداية (٤/ ١٣٠)، مجمع الضمانات، ص١٠٨، البحر الرائق (٧/ ٢٧٥)، جامع الفصولين (٢/ ١٦١).

(٢) الكافي لابن قدامة (٢/ ١٤٢)، المبدع (٢٢٢-٢٢٣).

(٣) سبق تخريجه ص٦١٦ من حديث المغيرة بن شعبة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات، ووأد البنات، ومنَعَ وهاتِ، وكره لكم قيلَ وقالَ، وكثرة السؤال، وإضاعة المال».

(٤) الكافي لابن قدامة (٢/ ١٤٢).

(٥) المرجع السابق.

أولاً: استدلوا على عدم ملكية المرتهن لإجارة الرهن من غير إذن الراهن بما يلي:

أن الإجارة تمليك للمنفعة، والثابت للمرتهن هو ملك الحبس لا ملك المنفعة، فلا يملك تمليكها لغيره بالإجارة بدون إذن الراهن[1].

ثانياً: واستدلوا على خروج الرهن من الارتهان بإجارة المرتهن له بما يلي:

قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿..فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ..﴾[2] الآية.

وجه الاستدلال:

أن الله -سبحانه وتعالى- جعل القبض في هذه الآية من صفات الرهن، فأوجب ذلك أن يكون استحقاق القبض موجباً لإبطال الرهن، فإذا أجره أحدهما بإذن صاحبه خرج من الرهن؛ لأن المستأجر قد استحق القبض الذي به يصح الرهن[3].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الإجارة إذا كانت بإذن الراهن فإن قبض المستأجر للرهن يكون قد حصل بإذن الراهن والمرتهن، فيعد نائباً عنهما، وهذا يصح كما اتفقا على وضعه في يد عدل.

(١) الهداية (٤/ ١٣٠)، بدائع الصنائع (٦/ ١٤٧)، تبيين الحقائق (٦/ ٦٧)، مجمع الأنهر (٢/ ٥٨٧).

(٢) سورة البقرة الآية: ٢٨٣.

(٣) أحكام القرآن للجصاص (١/ ٥٣١).

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الرهن يقتضي الحبس عند المرتهن، أو نائبه، فمتى وجد عقد يقتضي زوال الحبس بطل الرهن[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الإجارة بإذن الراهن لا تقتضي زوال الحبس؛ لأن عين الرهن تعد محبوسة عند المستأجر، فهو نائب عن المرتهن في حفظها، كما لو اتفقا على وضعها في يد عدل.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول بعدم ملكية المرتهن لإجارة الرهن إلا إذا أذن له الراهن، وأنه لا يخرج عن الارتهان بذلك؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن الحق في الرهن لا يعدوهما -أي الراهن والمرتهن- وقد اتفقا على وضعه في يد غير الراهن، فلا مانع منه.

المطلب الرابع: إعارة المرتهن للرهن

إذا ارتهن إنسان عيناً مما يمكن الانتفاع به مع بقائه كدار، أو سيارة، أو دابة، فأراد إعارتها لمن ينتفع بها، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه إلا بإذن الراهن؟ وهل تخرج بالإعارة عن الارتهان، أو لا تخرج؟

---

(١) الكافي لابن قدامة (٢/١٤٢).

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن المرتهن لا يملك إعارة الرهن إلا بإذن الراهن، ولا يخرج بذلك عن الارتهان.

وبهذا قال الحنفية[١].

وهو الظاهر من قول المالكية، حيث قالوا بذلك في الإجارة كما سبق.

وبه قال أكثر الحنابلة[٢].

القول الثاني: أن المرتهن لا يملك إعارة الرهن ولو أذن له الراهن، ويخرج بذلك عن الارتهان.

وبهذا قال بعض الحنابلة[٣].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على ملكية المرتهن للإعارة مع إذن المرتهن بما يلي:

١. أن في عدم الإعارة تعطيلاً لمنافع الرهن، ولا فائدة في هذا التعطيل؛ لأنه إضاعة للمال، وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال[٤] [٥].

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ١٤٧)، الهداية (٤/ ١٣٠)، مجمع الضمانات، ص١٠٨-١٠٩، جامع الفصولين (٢/ ١٦١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص٢٧٤.

(٢) الكافي لابن قدامة (٢/ ١٤١)، المبدع (٤/ ٢٢٢-٢٢٣).

(٣) المرجعان السابقان.

(٤) سبق تخريجه ص٦١٦ من حديث المغيرة بن شعبة ﷺ.

(٥) الكافي لابن قدامة (٢/ ١٤٢).

٢. أن يد المستعير نائبة عن يد المرتهن في الحفظ، فجازت الإجارة مع الإذن، كما لو جعلاه في يد عدل[١].

ثانياً: واستدلوا على عدم ملكية المرتهن للإعارة مع عدم إذن الراهن بما يلي:

أن الإعارة تمليك المنفعة، والثابت للمرتهن ملك الحبس لا ملك المنفعة، فلا يصح له تمليكها من غيره بالإعارة بدون إذن الراهن[٢].

ولكن هذا الدليل مبني على القول بأن الإعارة تفيد التمليك، وهو غير مسلّم، بل الراجح أنها تفيد الإباحة كما سبق[٣].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما استدلوا به على عدم ملكية المرتهن للإجارة ولو أذن الراهن، وقد سبقت مناقشته هناك.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية المرتهن لإعارة الرهن إلا بإذن الراهن، وأنه لا يخرج عن الارتهان بذلك؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن الحق في الرهن لا يعدوهما وقد اتفقا على وضعه في يد غيرهما، فلا مانع منه.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ١٤٧)، الهداية (٤/ ١٣٠)، مجمع الأنهر (٢/ ٦٠٦)، تبيين الحقائق (٦/ ٦٧).

(٣) ص٥٢١.

المطلب الخامس: انتفاع المرتهن بالرهن

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: انتفاع المرتهن بالرهن بإذن الراهن.

المسأل الثانية: انتفاع المرتهن بالرهن بغير إذن الراهن.

المسألة الأولى: انتفاع المرتهن بالرهن بإذن الراهن

وفيها أمران:

الأمر الأول: انتفاع المرتهن بالرهن إذا كان سببه القرض.

الأمر الثاني: انتفاع المرتهن بالرهن إذا كان سببه البيع ونحوه.

الأمر الأول: انتفاع المرتهن بالرهن إذا كان سببه القرض

إذا اقترض قرضاً من إنسان فطلب المقرض رهناً بذلك فأعطاه داراً، أو سيارة، أو نحو ذلك، فهل يملك المقرض -وهو المرتهن- الانتفاع بهذا الرهن، أو لا يملكه؟

اتفق أصحاب المذاهب على أن المرتهن لا يملك الانتفاع بالرهن في هذه الحالة، ولا يجوز له ذلك.

فقد قال بذلك الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4].

---

(١) المبسوط (٢١/ ١٠٦)، حاشية رد المحتار (٦/ ٤٨٢).

(٢) التفريع (٢/ ٢٦٠)، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٢١٩)، القوانين الفقهية، ص٣٢٩، الشرح الكبير للدردير (٣/ ٢٤٦).

(٣) تكملة المجموع (١٣/ ٢٤٣).

(٤) المغني (٤/ ٤٣١)، الفروع (٤/ ٢٢٥).

الدليل:

استدلوا بما يلي:

ما رواه علي بن أبي طالب ﷺ أن النبي ﷺ قال: «كل قرض جرّ منفعة فهو ربا»[(١)].

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن الرسول ﷺ أخبر فيه بأن كل قرض جرّ منفعة فهو ربا، وانتفاع المرتهن بالرهن بإذن الراهن إذا كان سببه القرض يعد قرضاً جرّ منفعة، فيكون ربا لهذا الحديث، فلا يجوز.

---

(١) رواه مرفوعاً بهذا اللفظ البغوي في شرح السنة (١٠/ ٢).
وقال الشوكاني: «وفي إسناده سوار بن مصعب وهو متروك»، نيل الأوطار (٣/ ٢٣٢).
وجاء في تخريج أحاديث المدونة: «وفي إسناده سوار بن مصعب وهو متروك. قال عمرو بن زيد في المغني: لم يصح فيه شيء ووهم إمام الحرمين والغزالي فقالا: إنه صح، ولا خبرة لهما بهذا الفن، وقال ابن الديبع: وإسناده ساقط».
تخريج أحاديث المدونة (٣/ ٩٩٦).
وقال الألباني: «ضعيف»، إرواء الغليل (٥/ ٢٣٥).
وروي موقوفاً على عبد الله بن سلام ﷺ، فعن أبي بردة عن أبيه قال: أتيت المدينة فلقيت عبد الله بن سلام، فقال: ألا تجيء فأطعمك سويقاً وتمراً وتدخل في بيتٍ، ثم قال: إنك بأرض الربا بها فاش، إذا كان لك على رجل حق فأُهديَ إليك حِمْلَ تِبنٍ أو حمل شعيرٍ أو حمل قتٍّ فلا تأخذه فإنه رباً.
ورواه البخاري في كتاب المناقب -باب: مناقب عبد الله بن سلام ﷺ (٤/ ٢٣٠)، واللفظ له.
والبيهقي في كتاب البيوع -باب: كل قرض جرّ منفعة فهو ربا (٥/ ٣٤٩).
كما رواه البيهقي في الكتاب والباب السابقين (٥/ ٣٤٩-٣٥٠)، بنحو هذا اللفظ موقوفاً على عبد الله بن عباس، وعبد الله بن مسعود، وأبيّ بن كعب، وفضالة بن عبيد -رضي الله عنهم-.
صحّح الألباني أثر ابن عباس، وضعّف أثر أبيّ بن كعب، وقال عن أثر فضالة: «إدريس هذا -يعني إدريس بن يحيى- لم أجد له ترجمة، ومن فوقه ثقات».
وقال البيهقي عن أثر ابن مسعود: «هذا منقطع». السنن الكبرى (٥/ ٣٥٠).

ولكن هذا الحديث لم يصح مرفوعاً، وإنما صح موقوفاً كما في تخريجه.

الأمر الثاني: انتفاع المرتهن بالرهن إذا كان سببه البيع ونحوه

مثال ذلك أن يبيع إنسان على آخر عقاراً، أو عروض تجارة، أو غير ذلك بثمن مؤجل ثم يرتهن به عيناً مقابل دينه، فهل يملك المرتهن الانتفاع بهذه العين، أو لا يملكه؟

يملك المرتهن الانتفاع بهذه العين إذا أذن له الراهن به، وإلا فلا.

قال ابن عبد البر: «وإذا كان الرهن من ثمن بيع جاز أن يشترط الانتفاع به في عقد إذا كان الرهن داراً كان أو عوضاً..»[1].

وقال ابن قدامة: «وإن كان الرهن بثمن مبيع، أو أجر دار، أو دين غير قرض، فأذن له الراهن في الانتفاع جاز ذلك..»[2].

الأدلة:

يمكن الاستدلال على ذلك بأدلةٍ من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

حديث علي بن أبي طالب ﷺ السابق أن رسول الله ﷺ قال: «كل قرضٍ جرّ منفعة فهو ربا»[3].

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن الرسول ﷺ أخبر أن

---

(١) الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨١٨-٨١٩).

(٢) المغني (٤/ ٤٣١).

(٣) ص٩٣٢.

القرض إذا جرّ منفعة للمقرض فهو ربا، فيفهم منه أن غير القرض إذا جرّ منفعة لا يكون رباً، فلا يكون منهياً عنه، فيصح.

ولكن هذا الحديث لم يصح مرفوعاً، بل صحّ موقوفاً كما تقدم في تخريجه[1].

ثانياً: من المعقول:

أن الراهن مالك لمنفعة الراهن؛ لأن ملكه، فإذا أذن للمرتهن فيها فقد ملكها له، فيصح؛ لأن من ملك شيئاً ملك تمليكه لغيره.

المسألة الثانية: انتفاع المرتهن بالرهن بغير إذن الراهن

وفيها أمران:

الأمر الأول: انتفاع المرتهن بالرهن إذا كان مما يحتاج إلى مؤنة.

الأمر الثاني: انتفاع المرتهن بالرهن إذا كان مما لا يحتاج إلى مؤنة.

الأمر الأول: انتفاع المرتهن بالرهن إذا كان مما يحتاج إلى مؤنة

وفيه فرعان:

الفرع الأول: انتفاع المرتهن بالرهن إذا كان حيواناً محلوباً أو مركوباً.

الفرع الثاني: انتفاع المرتهن بالرهن إذا كان حيواناً غير محلوب.

الفرع الأول: انتفاع المرتهن إذا كان حيواناً محلوباً أو مركوباً

إذا ارتهن إنسان حيواناً محلوباً أو مركوباً كالإبل، أو البقر، أو الغنم، فهل يملك الانتفاع به بشرب لبنه، أو ركوبه إذا كان مما يركب كالإبل، أو لا يملكه؟

---

(١) سبق تخريجه، ص٩٣٢.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المرتهن يملك الانتفاع بالرهن إذا كان حيواناً محلوباً أو مركوباً بقدر النفقة متحرياً للعدل سواء امتنع الراهن من الإنفاق أم لم يمتنع.

وعلى هذا نص الإمام أحمد في رواية محمّد[1] بن الحكم، وأحمد[2] بن القاسم عنه، وبها أخذ أصحابه، وهو المذهب عندهم[3].

القول الثاني: أن المرتهن يملك الانتفاع بالرهن إذا كان حيواناً محلوباً أو مركوباً مقابل النفقة عن امتناع الراهن من الإنفاق سواء كثر الانتفاع أم قل، ولا يملكه إذا لم يمتنع.

وبهذا قال ابن حزم[4].

القول الثالث: أن المرتهن لا يملك الانتفاع بالرهن إذا كان حيواناً محلوباً أو مركوباً مطلقاً.

---

(١) هو أبو بكر الأحول، أحد تلامذة الإمام أحمد، وممن رووا عنه، قال عنه أبو بكر الخلال: «لا أعلم أحداً أشد فهماً من محمّد بن الحكم فيما سئل بمناظرة واحتجاج، ومعرفة وحفظ..» توفي سنة ٢٢٣هـ.
(طبقات الحنابلة (١/ ٢٩٥-٢٩٦)).

(٢) هو أحمد بن القاسم صاحب أبي عبيد القاسم بن سلام، حدّث عن أبي عبيد، وعن الإمام أحمد بمسائل كثيرة.
(طبقات الحنابلة (١/ ٥٥- ٥٦)، المقصد الأرشد (١/ ١٥٥ - ١٥٦)).

(٣) مسائل الإمام أحمد لابن هانئ (٢/ ٣٤)، المغني (٤/ ٤٣١-٤٣٢)، المذهب الأحمد، ص٩٣، المحرر (١/ ٣٣٦)، الفروع (٤/ ٢٢٥)، الإنصاف (٥/ ١٧٢).

(٤) المحلى (٨/ ٨٩).

وبهذا قال الحنفية[١]، والمالكية[٢].

وبه قال الإمام الشافعي، وأصحابه[٣]، وهو رواية عن الإمام أحمد[٤].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من السنة، وا لمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

ما رواه أبو هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «الرهن[٥] يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»[٦].

---

(١) المبسوط (٢١/ ١٠٦-١٠٨)، الهداية (٤/ ١٣٠)، بدائع الصنائع (٦/ ١٤٦)، مجمع الضمانات، ص١٠٩.

(٢) الإشراف (٢/ ٧)، التفريع (٢/ ٢٦٠)، المقدمات الممهدات (٢/ ٣٧٠)، بداية المجتهد (٢/ ٢٧٦)، القوانين، ص٣٢٩، جواهر الإكليل (٢/ ٨٢).

(٣) الأم (٣/ ١٧٠)، مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٩٧)، المهذب (١/ ٣١٨)، حلية العلماء (٤/ ٤٣٨)، روضة الطالبين (٤/ ٩٩)، مغني المحتاج (٢/ ١٣١).

(٤) المغني (٤/ ٤٣٢)، المبدع (٤/ ٢٣٩)، الإنصاف (٥/ ١٧٢).

(٥) هكذا ورد في صحيح البخاري بلفظ: «الرهن يركب..» وورد في سنن الترمذي، وابن ماجه، والدارقطني، وغيرهم بلفظ: «الظهر يركب..».

(٦) رواه البخاري في كتاب الرهن في الحضر -باب الرهن مركوب ومحلوب (٣/ ١١٥-١١٦)، واللفظ له.
وأبو داود في كتاب البيوع -باب في الرهن (٣/ ٢٨٨)، الحديث رقم ٣٥٢٦.
والترمذي في أبواب البيوع -باب: الانتفاع بالرهن (٢/ ٣٦٢-٣٦٣)، الحديث رقم ١٢٧٢.
وابن ماجه في كتاب الرهون -باب: الرهن مركوب ومحلوب (٢/ ٨١٦)، الحديث رقم ٢٤٤.
والدارقطني في كتاب البيوع (٣/ ٣٤)، الحديث رقم ١٣٤.
والطحاوي في كتاب الرهن -باب: ركوب الرهن واستعمال وشرب لبنه (٤/ ٩٨-٩٩).
وابن أبي شيبة في كتاب البيوع والأقضية -باب في الرجل يرهن الرهن على من تكون نفقته؟ (٧/ ٣٢٦)، الحديث رقم ٣٣٢٨، وأحمد (٢/ ٤٧٢).

وفي لفظ: «إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها، ولبن الدر يشرب، وعلى الذي يشرب نفقتها ويركب»(١).

وجه الاستدلال:

أن الرسول ﷺ بيّن في هذا الحديث أن وجوب النفقة على الرهن لركوب ظهره، وشرب لبنه، ومعلوم أن الراهن إنما يلزمه لملكه لا لركوبه ولبنه؛ لأنه لو لم يكن مما يركب أو يحلب لزمته النفقة، فهذا يدل على أن المراد به أن اللبن والظهر للمرتهن مقابل النفقة التي ينفقها كما بينه اللفظ الآخر(٢).

مناقشة هذا الدليل:

نوقش من أربعة أوجه:

الوجه الأول: ناقشه ابن عبدالبر بأنه ترده عند جمهور الفقهاء أصول مجمع عيها، وآثار لا يختلف في صحتها، فهو منسوخ، ويدل على نسخة حديث عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما- أن النبي ﷺ قال: «لا يحلبن أحد ماشية امرئ

(١) رواه الطحاوي في كتاب الرهن -باب: ركوب الرهن واستعماله وشرب لبنه (٤/ ٩٩)، واللفظ له. والدارقطني في كتاب البيوع (٣/ ٣٤)، الحديث رقم (١٣٥). وقال أحمد شاكر: «وإسناده صحيح» المسند بتحقيق أحمد شاكر (١٢/ ٧١٢٥).

(٢) أحكام القرآن للجصاص (١/ ٥٣٢).

بغير إذنه..»[١] الحديث[٢].

الإجابة عن هذا الوجه:

أجاب الشوكاني عن ذلك بأن السنة الصحيحة من جملة الأصول، فلا ترد إلا بمعارض أرجح منها بعد تعذر الجمع، والجمع هنا ممكن، وذلك بأن حديث عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما- عام، وهذا الحديث: «الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهونا..»[٣] الحديث خاص، فيبني العام على الخاص، والنسخ لا يثبت إلا بدليل يقضي بتأخر الناسخ على وجه يتعذر معه الجمع، لا بمجرد الاحتمال مع الإمكان[٤].

الوجه الثاني: ناقشه الطحاوي[٥]، . . . .

---

(١) رواه البخاري في كتاب اللقطة -باب: لا تحتلبماشية أحد بغير إذنه (٣/ ٩٥)، واللفظ له، ومسلم في كتاب اللقطة -باب: تحريم حلب الماشية بغير إذنمالكها (٣/ ١٣٥٢)، الحديث رقم ١٧٢٦.
وأبوداود في كتاب الجهاد -باب فيمن قال: لا يحلب (٣/ ٤٠)، الحديث رقم ٢٦٢٣.
ومالك في كتاب الاستئذان -باب: ما جاء في أمر الغنم (٢/ ٩٧١)، الحديث رقم ١٧.
والبيهقي في كتاب الغصب -باب: تحريم الغصب وأخذ أموال الناس بغير حق (٦/ ٩٢)، وفي كتاب الضحايا -باب: تحريم أكل مال الغير بغير إذنه (٩/ ٣٥٨)، وأحمد (٢/ ٦، ٥٧).

(٢) نقل ذلك عن ابن عبد البر ابن حجر في فتح الباري (٥/ ١٤٤)، والشوكاني في نيل الأوطار (٣/ ٢٣٥)، ولم أطلع عليه فيما بين يدي من كتبه.

(٣) سبق تخريجه ص٩٣٧.

(٤) نيل الأوطار (٣/ ٢٣٥).

(٥) هو أحمد بن محمّد بن سلامة الطحاوي، الأزدي، المصري، يكنى بأبي جعفر، كان شافعياً، تفقّه على المزني فغاضبه يوماً فانتقل إلى جعفر بن عون الحنفي، ففاق أهل عصره حتى أصبح شيخ الحنفية في وقته، له مصنفات منها: مختصر الطحاوي، مشكل الآثار، شرح معاني الآثار، توفي سنة ٣٢١هـ.
(الجواهر المضيّة (١/ ٢٧١-٢٧٧)، الفوائد البهية، ص٤١-٤٤، طبقات الفقهاء للشيرازي، ص١٤٢).

والجصاص[١]، والسرخسي، بأنه محمول على أنه كان قبل تحريم الربا، فلما حُرّم الربا حُرّم أشكاله من بيع اللبن في الضرع، وكل قرض جرّ نفعاً، فارتفع بنسخ الربا أن تجب النفقة على المرتهن بالمنافع التي يجب له عوضاً منها، وباللبن الذي يحتلبه فيشربه[٢].

الإجابة عن هذا الوجه:

أجاب ابن حجر، والشوكاني عن ذلك بأن النسخ لا يثبت إلا بدليل يقضي بتأخر الناسخ على وجه يتعذر معه الجمع، لا بمجرد الاحتمال مع الإمكان[٣].

الوجه الثالث: ناقشه الخطّابي، والعيني، والشوكاني بأنه مجمل؛ لأن فاعل الركوب والحلب لم يتعين[٤].

الإجابة عن هذا الوجه:

أجاب عنه ابن قدامة، وابن حجر، والشوكاني بأنه لا إجمال في

---

(١) هو أحمد بن علي الرازي، المعروف بالجصاص، أبو بكر، تتلمذ على الكرخي، وعدّه البعض من طبقة المجتهدين، قدم بغداد في شبيبته، ودرّس وجمع وتخرج عليه جمع عظيم، وصنّف مصنفات منها: شرح الجامع الكبير لمحمد بن الحسن، وشرح مختصر الطحاوي، وأحكام القرآن، وتوفي سنة ٣٧٠هـ.

(الجواهر المضيّة (١/ ٨٤-٨٥)، الفوائد البهية ص٢٧-٢٨، طبقات الفقهاء للشيرازي، ص١٤٤).

(٢) شرح معاني الآثار (٤/ ٩٩)، أحكام القرآن، للجصاص (١/ ٥٣١)، المبسوط (٢١/ ١٠٨).

(٣) فتح الباري (٥/ ١٤٤)، نيل الأوطار (٣/ ٢٣٥).

(٤) معالم السنن (٣/ ١٦١)، عمدة القاري (١٠/ ٣٩٩)، نيل الأوطار (٣/ ٢٣٤).

الحديث؛ لأن المقصود به المرتهن، والقرينة الدالة على ذلك هي أن انتفاع الراهن بمنافع الرهن لأجل كونه مالكاً له ولمنافعه، والمراد هنا الانتفاع مقابل النفقة، وذلك يختص بالمرتهن، كما وقع التصريح به في اللفظ الآخر: «إذا كانت الدابة مرهونة، فعلى المرتهن علفها..»[(١)] الحديث[(٢)].

الوجه الرابع: ناقشه ابن حجر، والشوكاني بانه قد ورد على خلاف القياس، وذلك من طريقين:

الأول: التجويز لغير المالك أن يركب ويشرب بغير إذن المالك.

الثاني: تضمينه ذلك بالنفقة لا بالقيمة[(٣)].

الإجابة عن هذا الوجه:

أجيب عنه من طريقين:

الطريق الأول: أجاب عنه ابن القيم بأنه ليس مخالفاً للقياس، بل هو موافق له؛ لأن مقتضى العدل والقياس ومصلحة الراهن والمرتهن والحيوان أن يستوفي المرتهن منفعة الركوب والحلب، ويعوّض عنهما بالنفقة، ففي هذا جمع بين المصلحتين؛ لأن نفقة الحيوان واجبة على صاحبه، والمرتهن إذا أنفق عليه أدّى عنه واجباً، وله فيه حق، فله أن

---

(١) سبق تخريجه، ص٩٣٧.

(٢) المغني (٤/ ٤٣٣)، فتح الباري (٥/ ١٤٤)، نيل الأوطار (٣/ ٢٣٤).

(٣) فتح الباري (٥/ ١٤٤)، نيل الأوطار (٣/ ٢٣٥).

يرجع ببدله، ومنفعة الركوب والحلب تصلح أن تكون بدلاً، فأخذها خير من أن تهدر على صاحبها، ويلزم بعوض ما أنفق المرتهن[١].

الطريق الثاني: على تقدير التسليم بأنه مخالف فقد أجاب عنه الصنعاني[٢] بأن الأحكام الشرعية ليست مطّردة على نسق واحد، بل الأدلة تفرّق بينهما في الأحكام، والشارع حكم بركوب المرهون وشرب لبنه، وجعل قيمة ذلك النفقة، وقد حكم الشارع ببيع الحاكم عن المتمرد بغير إذنه، وجعل صاع التمر عوضاً عن اللبن.. وغير ذلك[٣].

ثانياً: من المعقول:

أن نفقة الحيوان واجبة، وللمرتهن فيه حق، وقد أمكنه استيفاء حقه من نماء الرهن، والنيابة عن المالك فيما وجب عليه، واستيفاء ذلك من منافعه، فجاز ذلك، كما يجوز للمرأة أخذ مؤنتها من زوجها عند امتناعه بغير إذنه، والنيابة عنه في الإنفاق عليها[٤].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من السنة، والآثار، وهي كما يلي:

---

(١) إعلام الموقعين (٢/ ٤٢).

(٢) هو محمّد بن إسماعيل بن صلاح الحسني، الكحلاني، ثم الصنعاني، يكنى بأبي إبراهيم، ولد بكحلان سنة ١٠٩٩هـ ثم انتقل مع والده إلى صنعاء وأخذ عن علمائها، وأصيب بمحن كثيرة من الجهلاء والعوام، وله نحو مائة مؤلف منها: سبل السلام، واليواقيت في المواقيت، ومنحة الغفار، وتوفي سنة ١١٤٢هـ.

(البدر الطالع (٢/ ١٣٣-١٣٩)، عنوان المجد (١/ ٥٣-٥٤)).

(٣) سبل السلام (٣/ ٤٧).

(٤) المغني (٤/ ٤٣٣)، المبدع (٤/ ٢٣٩).

أولاً: من السنة:

ما رواه أبو هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدّر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»[١].

ثانياً: من الآثار:

ما روي عن أبي هريرة ﷺ أنه قال: «صاحب الرهن يركبه، وصاحب الدر يحلبه، وعليهما النفقة».

وأنه قال: «الرهن مركوب ومحلوب بعلفه»[٢].

وجه الاستدلال بهذا الحديث والأثر:

يمكن توجيه الاستدلال بهما بأن الرهن ملك للراهن، وعليه نفقته، وله ركوبه وحلبه بمقتضى الملك، فإذا امتنع عن الإنفاق على الرهن جاز للمرتهن الإنفاق عليه حينئذٍ، وينتفع به ركوباً وحلباً فقط مقابل ذلك.

مناقشة هذين الدليلين:

يمكن مناقشتهما بأن كون ركوب الظهر وشرب اللبن للراهن وأن عليه النفقة أمراً معلوماً؛ لكون لا يزال هو المالك، لا يحتاج إلى نصّ

---

(١) سبق تخريجه ص٩٣٧.

(٢) روى ذلك ابن حزم في المحلى (٨/ ٩٠)، وصححه، حيث قال: "وصحّ عن أبي هريرة ﷺ من قوله مثل قولنا وهو أنه قال: صاحب الرهن يركبه وصاحب الدر يحلبه وعليهما النفقة، وأنه قال: الرهن مركوب ومحلوب بعلفه".

عليه، فهذا يدل على أن المراد في هذا الحديث والأثر هو المرتهن، ولهذا قال ﷺ في الحديث: «وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»، فلو كان المراد الراهن لما كان الركوب والشرب مقابل النفقة؛ لأن النفقة واجبة عليه، ولو لم يكن مما يركب ويشرب لبنه، ولا دلالة فيهما على أن ذلك إنما يكون عند امتناع الراهن عن الإنفاق، بل الإذن فيهما مطلق، فيبقى على إطلاقه.

أدلة القول الثالث:

١. ما رواه أبو هريرة ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يَغْلَقَ[1] الرهن، له غنمه، وعليه غرمه»[2].

---

(١) غَلِقَ الرهن يَغْلَق غُلوقاً إذا بقي في يد المرتهن لا يقدر راهنه على تخليصه، والمعنى أنه لا يستحقه المرتهن إذا لم يستفكه صاحبه، ومما جاء في هذا المعنى قول زهير يذكر امرأة:

وفارقتك برهن لا فكاك له   يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

(الفائق، مادة «غلق» (٣/ ٧٢)، النهاية، مادة «غلق» (٣/ ٣٧٩)).

انظر: البيت في ديوان زهير رقم ٧٣.

(٢) رواه الدارقطني في كتاب البيوع (٣/ ٣٢)، الحديثان ١٢٥، ١٢٦، بهذا اللفظ، وقال: «هذا إسناد حسن متصل»، وفي الأحاديث ١٢٧- ١٣١، بألفاظ متقاربة.

الحاكم في كتاب البيوع (٢/ ٥١، ٥٢)، وقال: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه لخلاف فيه على أصحاب الزهري، وقد تابعه مالك، وابن أبي ذئب، وسليمان أبي داود، والحراني، ومحمد بن الوليد الزبيدي، ومعمر بن راشد على هذه الرواية» ووافقه الذهبي في تلخيصه.

البيهقي في كتاب الرهن -باب: الرهن غير مضمون (٦/ ٣٩).

ابن حزم في المحلى (٨/ ٩٩)، وقال: «فهذا مسند من أحسن ما روي في هذا الباب».

رواه عن سعيد بن المسيب عن النبي ﷺ مرسلاً الدارقطني في الكتاب والسابق (٣/ ٣٣)، الحديث رقم ١٣٢.

والبيهقي في الكتاب السابق -باب: ما روي في غلق الرهن (٦/ ٤٤).

=

وفي لفظ: «لا يَغْلَق الرهن، والرهن لمن رهنه، له غنمه، وعليه غرمه»[1].

وجه الاستدلال:

أن الرسول ﷺ جعل الغنم للراهن، والغرم عليه، ولا شك أن منافع الرهن من غنمه، فتكون للراهن، وحينئذٍ لا يصح للمرتهن أن ينتفع منها بدون إذن الراهن، ولا فرق بين المركوب أو المحلوب وغيرها[2].

مناقشة هذا الدليل:

نوقش من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: ناقشه الشوكاني بأنه قد اختلف وصله وإرساله، ورفعه ووقفه، وذلك مما يوجب عدم انتهاضه لمعارضة ما في

والشافعي في مسنده في كتاب الرهون والإجارات، ص٢٥١.
وعبدالرزاق في كتاب البيوع -باب: الرهن لا يغلق (٨/ ٢٣٧-٢٣٨)، الحديثان ١٥٠٢٣، ١٥٠٣٤.
وابن أبي شيبة في كتاب الأشربة -باب في الرجل يرهن الرجل فيهلك (٨/ ١٨٧).
وأبو داود في كتابه «المراسيل» في كتاب الرهن ص١٤٣، الحديث رقم ١٦٤. وقال: «قوله: (له غنمه، وعليه غرمه) من كلام سعيد بن المسيب نقله عنه الزهري».
وقال ابن حجر: «وصحح أبو داود والبزار والدارقطني وابن القطان إرساله، وله طرق في الدارقطني والبيهقي كلها ضعيفة) وصحح ابن عبد البر وعبد الحق وصله».
تلخيص الحبير (٣/ ٣٦).
وقال القرطبي: «وأصل هذا الحديث عند أهل العلم بالنقل مرسل، وإن كان قد وصل من جهات كثيرة فإنهم يعللونها..».
(الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٤١٤)).
(١) رواه الدارقطني في كتاب البيوع (٣/ ٣٣)، الحديث رقم ١٣٢.
(٢) نيل الأوطار (٣/ ٢٣٦).

صحيح البخاري وغيره كما سبق[١].

الوجه الثاني: ناقشه ابن قدامة، والبهوتي بأننا نقول بموجبه، ولكن للمرتهن ولاية صرفها إلى نفقتها؛ لثبوت يده عليه، ولوجوب نفقة الحيوان، وللمرتهن فيه حق، فهو كالنائب عن المالك في ذلك[٢].

الوجه الثالث: يمكن مناقشته بأنه على تقدير التسليم باتصاله، وظهور دلالته على المطلوب فهو عام، فيبقى على عمومه في غير المركوب والمحلوب، وحديث أبي هريرة: «الرهن يركب بنفقته..»[٣] الحديث خاص في المركوب والمحلوب، فيكون مخصصاً لهذا العموم، وبهذا يحصل الجمع بين الحديثين.

٢. ما رواه عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما- أن النبي ﷺ قال: «لا يحلبن أحد ماشية امرئ بغير إذنه..»[٤] الحديث.

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن النبي ﷺ نهى عن حلب ماشية الإنسان بغير إذنه، وفي حلب المرتهن للماشية المرهونة حلب لماشية الرهن بغير إذن الراهن، فيكون داخلاً في عموم النهي، فلا يصح.

---

(١) المرجع السابق.
(٢) المغني (٤/ ٤٣٣)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٤٢).
(٣) سبق تخريجه ص٩٣٧.
(٤) سبق تخريجه ص٩٣٧.

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه الشوكاني بأنه عام، وحديث أبي هريرة ﷺ: «الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب إذا كان مرهوناً..»[١] الحديث خاص، فيبني العام على الخاص، فيصح ذلك للمرتهن[٢].

٣.ما رواه علي بن أبي طالب ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «كل قرض جرّ منفعة فهو ربا»[٣].

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن النبي ﷺ أن القرض إذا جر منفعة للمقرض فهو ربا، وانتفاع المرتهن بالمرهون بركوبه وشرب لبنه يعد من المنفعة التي جرها القرض، فتكون ربا، فلا تصح.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته من وجهين:

الوجه الأول: أن هذا الحديث لم يصح مرفوعاً إلى النبي ﷺ وإنما صح موقوفاً كما سبق في تخريجه[٤].

الوجه الثاني: على تقدير صحته مرفوعاً فإنه لا يسلّم بأن هذا الانتفاع يدخل في الانتفاع المقصود في هذا الحديث؛ لأن انتفاع المرتهن بالركوب والشرب إنما هو مقابل النفقة

---

(١) سبق تخريجه ص٩٣٧.
(٢) نيل الأوطار (٣/ ٢٣٥).
(٣) سبق تخريجه، ٩٣٢.
(٤) ص٩٣٢.

فيكون بدلاً عنها، ولهذا يجب أن يكون بقدرها، فلا يعد انتفاعاً من حيث الحقيقة، وإنما هو مبادلة، أما المقصود في الحديث فهو الانتفاع المجرد عن البدل.

ثانياً: من المعقول:

١. أن المنفعة إنما تملك بملك الأصل، والأصل مملوك للراهن، فالمنفعة تكون على ملكه لا يستوفيها غيره إلا بإيجابها له، وهو بعقد الرهن أوجب ملك اليد للمرتهن، وذلك بحبس العين، لا ملك المنفعة، فكان ماله في الانتفاع بعد الرهن كما كان قبله[١].

٢. أن الرهن ملك لغير المرتهن، ولم يؤذن له في الانتفاع به، ولا الإنفاق عليه، فلم يكن له ذلك كغير الرهن[٢].

مناقشة هذين الدليلين:

يمكن مناقشتهما بأن المرتهن مأذون له في هذا الانتفاع شرعاً بمقتضى النص، وهو حديث أبي هريرة ﷺ: «الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهوناً..»[٣] الحديث، فيكون هذا المعقول واقعاً في مقابلة هذا النص الذي يدل على ملكية المرتهن للانتفاع، فلا يلتفت إليه.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية المرتهن للانتفاع بالرهن إذا كان حيواناً محلوباً

---

(١) المبسوط (٢١/ ١٠٦)، بدائع الصنائع (٦/ ١٤٦)، الهداية (٤/ ١٣٠).
(٢) المغني (٤/ ٤٣٢)، المبدع (٤/ ٢٣٩).
(٣) سبق تخريجه، ص٩٣٧.

أو مركوباً بقدر النفقة متحرياً للعدل سواء امتنع الراهن من الإنفاق أم لم يمتنع؛ لقوة ما استدلوا به وخاصة حديث أبي هريرة ﷺ الصحيح الصريح في ذلك.

الفرع الثاني: انتفاع المرتهن بالرهن إذا كان حيواناً غير محلوب أو مركوب

وفيه نقطتان:

النقطة الأولى: انتفاع المرتهن بالرهن إذا كان عبداً أو أمة في العمل والخدمة.

النقطة الثانية: انتفاع المرتهن بالرهن إذا كان أمة في الوطء.

النقطة الأولى: انتفاع المرتهن بالرهن إذا كان عبداً أو أمة في العمل والخدمة

إذا ارتهن إنسان حيواناً غير مركوب ولا محلوب كعبد أو أمة فهل يملك الانتفاع به في العمل والخدمة ونحو ذلك، أو لا يملك الانتفاع؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن المرتهن لا يملك الانتفاع بالرهن إذا كان عبداً أو أمة في العمل والخدمة.

وبهذا قال الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، وعلى ذلك

(١) النتف في الفتاوى (٢/ ٦٠٦)، بدائع الصنائع (٦/ ١٤٦).
(٢) المقدمات الممهدات (٢/ ٣٧٠).
(٣) المهذب (١/ ٣١٨)، روضة الطالبين (٤/ ٩٩)، مغني المحتاج (٢/ ١٣٢).

نص الإمام أحمد في رواية الأثرم[١] عنه، وهو ظاهر المذهب عند أصحابه[٢].

وبه قال ابن حزم[٣].

القول الثاني: أن المرتهن يملك الانتفاع بالرهن إذا كان عبداً أو أمة ويستخدمها بقدر النفقة إذا امتنع المالك من الإنفاق عليها.

وبهذا قال الإمام أحمد في رواية حنبل[٤][٥].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

---

(١) هو أحمد بن محمّد بن هانئ، الإسكافي، الأثرم، الطائي، وقيل: الكلبي، يكنى بأبي بكر، إمام حافظ، تتلمذ على الإمام أحمد، ونقل عنه مسائل كثيرة، وصنفها ورتبها أبواباً، وكان عنده تيقظ عجيب، وقال فيه ابن حبان: الأثرم من خيار عباد الله من أصحاب أحمد، له مصنفات منها: السنن، وعلل الحديث، توفي بعد سنة ٢٦٠هـ.
(طبقات الحنابلة (١/ ٦٦-٧٤)، المقصد الأرشد (١/ ١٦١-١٦٢)).

(٢) المغني (٤/ ٤٣٣)، المحرر (١/ ٣٣٦)، الفروع (٤/ ٢٢٥)، المبدع (٤/ ٢٤٠)، الإنصاف (٥/ ١٧٤).

(٣) المحلى (٨/ ٨٩).

(٤) هو حنبل بن إسحاق بن حنبل الشيباني، المكنى بأبي علي، ابن عم الإمام أحمد، قال عنه الخطيب أحمد بن ثابت: كان ثقة ثبتاً، وقال أبو بكر الخلال: قد جاء حنبل عن أحمد بمسائل أجاد فيها الرواية، وأغرب بغير شيء، وكان رجلاً فقيراً، سمع المسند من عمه الإمام أحمد، وتوفي سنة ٢٧٣هـ.
(طبقات الحنابلة (١/ ١٤٣-١٤٥)، المقصد الأرشد (١/ ٣٦٥-٣٦٦)، المنهج الأحمد (١/ ٢٤٥-٢٤٧).

(٥) المغني (٤/ ٤٣٣)، المحرر (١/ ٣٣٦)، الفروع (٤/ ٢٢٥)، الإنصاف (٥/ ١٧٣).

أولاً: من السنة:

ما رواه أبو هريرة ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يَغْلَق الرهن، له غنمه، وعليه غرمه»[١].

وفي لفظ: «لا يغلق الرهن، والرهن لمن رهنه، له غنمه، وعليه غرمه»[٢].

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث أن النبي ﷺ أخبر أن الرهن للراهن له غنمه أي منفعته، وعليه غرمه أي ما يحتاج إليه من نفقة ونحوها، وهذا عام في كل رهن إلا ما أخرجه النص وهو الحيوان المحلوب والمركوب، فيدخل في ذلك الانتفاع بالرهن إذا كان عبداً أو أمة في العمل والخدمة، فلا يصح.

وقد سبق بيان كلام أهل العلم على هذا الحديث عند تخريجه.

ثانياً: من المعقول:

أن منافع الرهن ملك للراهن، فلم يجز أخذها بغير إذنه، كغير الرهن[٣].

دليل القول الثاني:

استدل لصاحب هذا القول بما يلي:

---

(١) سبق تخريجه، ص٩٤٣.

(٢) سبق تخريجه ص٩٤٤.

(٣) الكافي لابن قدامة (٢/ ١٤٧).

القياس على الحيوان المحلوب والمركوب، فكما أن المرتهن يملك الانتفاع بالرهن إذا كان محلوباً ومركوباً بقدر نفقته، فكذلك فيما ليس بمحلوب ومركوب لوجود العلة وهي ذهاب المنفعة[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن ذهاب المنفعة لا أثر له في ملكية المرتهن للانتفاع، بدليل أن الدار ونحوها إذا كانت رهناً لا يملك المرتهن الانتفاع بها بالإجماع كما سيأتي -إن شاء الله تعالى- مع أن علة ذهاب المنفعة موجودة فيها، وإنما العمدة في ملكية المرتهن للانتفاع في المحلوب والمركوب هو النص، وهو حديث أبي هريرة ﷺ.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية المرتهن للانتفاع بالرهن إذا كان عبداً أو أمة في العمل والخدمة؛ لما استدلوا به، ولأن الرهن باق في ملكية الراهن، وليس للمرتهن فيه إلا الحبس، معلوم أن الإنسان لا يملك الانتفاع بمال غيره بغير إذنه.

النقطة الثانية: انتفاع المرتهن بالرهن إذا كان أمة في الوطء

وفيها ما يلي:

١- حكم وطء المرتهن للأمة المرهونة.

٢- ما يلزم المرتهن من المهر إذا وطئها.

٣- وجوب الحد على المرتهن إذا وطئها.

---

(١) المرجع السابق، والمبدع (٤/ ٢٣٠).

١- حكم وطء المرتهن للأمة المرهونة

إذا كان الرهن أمة فهل يجوز للمرتهن الانتفاع بها في الوطء، أو لا يجوز له ذلك؟

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أنه لا يجوز للمرتهن الانتفاع بالأمة المرهونة في الوطء.

فقد قال بذلك الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

ووافقهم ابن حزم[٥].

وقد نقل الإجماع على ذلك ابن قدامة، حيث قال: «ولا يحل للمرتهن وطء الجارية إجماعاً»[٦].

وابن مفلح، حيث قال: «(وإن وطئ المرتهن الجارية من غير شبهة) فهو حرام إجماعاً..»[٧].

الأدلة:

استدلوا بأدلةٍ من الكتاب، والمعقول، وهي كما يلي:

---

(١) رؤوس المسائل، ص٣٠٢، حاشية رد المحتار (٦/ ٤٨٢).
(٢) التفريع (٢/ ٢٦١)، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٢٠)، مواهب الجليل (٥/ ٢١).
(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٩٣)، الوجيز (١/ ١٦٦)، مغني المحتاج (٢/ ١٣٨).
(٤) المغني (٤/ ٤٠٧)، المحرر (١/ ٣٣٦)، الفروع (٤/ ٢٣٣)، المبدع (٤/ ٣٤٥)، مغني ذوي الأفهام، ص١١٨.
(٥) المحلى (٨/ ١٠٧).
(٦) المغني (٤/ ٤٠٧).
(٧) المبدع (٤/ ٢٤٥)، كما نقله أيضاً الرحيباني في مطالب أولي النهى (٣/ ٢٩٠)، وابن عبد الهادي في مغني ذوي الأفهام، ص١١٨.

أولاً: من الكتاب:

قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝ .. ٱلْعَادُونَ ۝﴾[1].

وجه الاستدلال:

أن الله -سبحانه وتعالى- حرّم وطء المرأة إلا كانت زوجة أو مملوكة للواطئ وأمة الرهن ليست زوجة للمرتهن ولا مملوكة له، فلا يجوز له وطؤها[2].

ثانياً: من المعقول:

أن الرهن وثيقة بالدين، ولا يدخل في ذلك إباحة الوطء[3].

٢- ما يلزم المرتهن من المهر إذا وطئ الأمة المرهونة.

إذا كان الرهن أمة فوطئها المرتهن، فهل يلزمه المهر لذلك، أو لا يلزمه؟

للوطء هنا حالتان:

الحالة الأولى: أن يكون الوطء بغير إذن الراهن.

الحالة الثانية: أن يكون الوطء بإذن الراهن.

الحالة الأولى: ما يلزم المرتهن من المهر إذا وطئ الأمة المرهونة بغير إذن الراهن.

---

(١) سورة المؤمنون الآية: ٥-٧، وسورة المعارج الآية: ٢٩-٣١.

(٢) المغني (٤/ ٤٠٧).

(٣) المبدع (١/ ٢٤٥- ٢٤٦).

إذا تعدى المرتهن على الأمة المرهونة فوطئها فقد اختلف الفقهاء في وجوب المهر عليه، وذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أن المهر يجب على المرتهن إذا وطئ الأمة المرهونة بغير إذن الراهن مطلقاً.

وهذا هو الظاهر من قول الحنفية، حيث جاء في رؤوس المسائل: «المرتهن إذا وطئ الجارية المرهونة بإذن الراهن يجب المهر عندنا»[(١)] فمع عدم الإذن من باب أولى.

وهو قول للشافعية[(٢)]، وبه قال الحنابلة[(٣)].

القول الثاني: أن المهر لا يجب على المرتهن إذا وطئ الأمة المرهونة بغير إذن الراهن إذا طاوعته، ويجب إذا أكرهها.

وهذا هو القول الأصح عند الشافعية[(٤)].

القول الثالث: أن المهر لا يجب على المرتهن إذا وطئ الأمة المرهونة ولكن يجب عليه ما نقص.

وبهذا قال أكثر المالكية[(٥)].

القول الرابع: أن المهر لا يجب على المرتهن إذا وطئ الأمة المرهونة

---

(١) رؤوس المسائل، ص٣٠٢.

(٢) حلية العلماء (٤/ ٤٧٨-٤٧٩)، روضة الطالبين (٤/ ٩٩)، مغني المحتاج (٢/ ١٣٨).

(٣) المغني (٤/ ٤٠٨)، المحرر (١/ ٣٣٧)، الفروع (٤/ ٢٣٣)، المبدع (٤/ ٢٤٦).

(٤) حلية العلماء (٤/ ٤٧٨- ٤٧٩)، روضة الطالبين (٤/ ٩٩)، مغني المحتاج (٢/ ١٣٨)، أسنى المطالب (٢/ ١٧١).

(٥) التفريع (٢/ ٢٦١)، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٢٠)، مواهب الجليل (٥/ ٢١).

ولكن يجب عليه ما نقص من قيمتها إن أكرهها، ولا يجب عليه شيء إن طاوعته.

وبهذا قال أشهب من المالكية[(١)].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن المهر يجب للسيد، فلا يسقط بمطاوعة الأمة وإذنها، كما لو أذنت في قطع يدها[(٢)].

٢. أن المرتهن استوفى هذه المنفعة المملوكة للسيد بغير إذنه، فكان عليه عوضها، كما لو أكرهها، وكأرش بكارتها لو كانت بكراً[(٣)].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم وجوب المهر إذا كانت الأمة مطاوعة بأدلة من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

فمن السنة:

١. ما رواه أبو مسعود[(٤)] الأنصاري ﷺ أن رسول الله ﷺ نهى عن

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) المغني (٤/ ٤٠٩).

(٣) المرجع السابق، والمبدع (٤/ ٢٤٦)، مطالب أولي النهى (٣/ ٢٩١).

(٤) هو عقبة بن عمرو بن ثعلبة الأنصاري، البدري، يكنى بأبي مسعود وهو مشهور بها، اتفقوا على أنه شهد العقبة، واختلفوا في شهوده بدراً، والأكثر على أنه نزلها فنسب إليها ولم يشهد غزوتها، وشهد أحداً وما بعدها، ونزل الكوفة، وتوفي سنة ٤٠هـ وقيل بعدها. (طبقات ابن سعد (٦/ ١٦)، أسد الغابة (٣/ ٤١٩)، الإصابة (٤/ ٢٥٢)).

ثمن الكلب، ومهر البغي، وحُلوان[1] الكاهن[2].

٢. ما رواه رافع[3] بن خديج ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «ثمن الكلب خبيث، ومهر البغي خبيث، وكسب الحجام خبيث»[4].

---

(١) حُلْوان الكاهن هو أجرته على كهانته، يقال: حَلَوْته كذا إذا حبوته به، فحلى به إذا ظفر به، واشتقاقه من الحلاوة.
(الفائق، مادة «حلوان» (١/ ٣٠٤)، النهاية، مادة «حلن» (١/ ٤٣٥)).

(٢) رواه البخاري في كتاب البيوع -باب: ثمن الكلب (٣/ ٥٤)، وفي كتاب الطلاق -باب: مهر البغي والنكاح الفاسد (٦/ ١٨٨)، في كتاب الطب -باب: الكهانة (٧/ ٢٨).
ومسلم في كتاب المساقاة -باب: تحريم ثمن الكلب (٣١١٩٨)، الحديث رقم ٣٩.
وأبو داود في كتاب البيوع في باب حلوان الكاهن (٤/ ٢٦٧)، الحديث رقم ٣٤٢٨، وفي باب في أثمان الكلاب (٣/ ٢٧٩)، الحديث رقم ٣٤٨١.
والترمذي في أبواب النكاح -باب: ما جاء في كراهية مهر البغي (٢/ ٣٠٠)، الحديث رقم ١١٤٢.
وفي أبواب البيوع -باب ما جاء في ثمن الكلب (٢/ ٣٧٣)، الحديث رقم (١٢٩٣)، وفي أبواب الطب -باب ما جاء في أجر الكاهن (٣/ ٢٧٢)، الحديث رقم ٢١٥١.
والنسائي في كتاب الصيد والذبائح -باب: النهي عن ثمن الكلب (٧/ ١٨٩)، الحديث رقم ٤٢٩٢، وفي كتاب البيوع -باب: بيع الكلب (٧/ ٣٠٩)، الحديث رقم ٤٦٦٦.
وابن ماجه في كتاب التجارات -باب: النهي عن ثمن الكلب ومهر البغي (٢/ ٧٣٠)، الحديث رقم ٢١٥٩.
والدارمي في كتاب البيوع -باب: النهي عن ثمن الكلب (٢/ ١٧٠- ١٧١) الحديث ٢٥٧١.
ومالك في كتاب البيوع -باب: ما جاء في ثمن الكلب (٢/ ٦٥٦)، الحديث رقم ٦٨.
وأحمد (٤/ ١١٨، ١١٩، ١٢٠).

(٣) هو رافع بن خديج بن رافع بن عدي الأنصاري، الأوسي، الحارثي، استصغره النبي ﷺ يوم بدر فردّه، وأجازه يوم أحد، فشهد أحداً والخندق وأكثر المشاهد واستوطن المدينة، وتوفي سنة ٧٣هـ، وقيل: ٧٤، وقيل غير ذلك.
أسد الغابة (٢/ ١٥١)، الإصابة (٢/ ١٨٦- ١٨٧).

(٤) رواه مسلم في كتاب المساقاة -باب: تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن (٣/ ١١٩٩) الحديث رقم ٤١، واللفظ له.
وأبو داود في كتاب البيوع -باب في كسب الحجام (٣/ ٢٦٦)، الحديث رقم ٣٤٢١.
والترمذي في أبوب البيوع -باب: ما جاء في ثمن الكلب (٢/ ٣٧٣)، الحديث رقم ١٢٩٤.
والنسائي في كتاب الصيد والذبائح- باب النهي عن ثمن الكلب (٧/ ١٩٠) الحديث رقم ٤٢٩٤.
وأحمد (٣/ ٤٦٤، ٤٦٥).

وجه الاستدلال بهذين الحديثين:

يمكن توجيه الاستدلال بهذين الحديثين بأن النبي ﷺ نهى عن مهر البغي، وبيّن أنه خبيث، ومهر الأمة المرهونة إذا وطئها المرتهن بغير إذن الراهن وهي مطاوعة يعد مهر بغي، فلا يجوز.

مناقشة هذين الدليلين:

نوقشا من وجهين:

الوجه الأول: ناقش ذلك ابن قدامة بأنه مخصوص بالمكرهة على البغاء، فإن الله -سبحانه وتعالى- سمّاها بذلك مع كونها مكرهة عليه، فقال: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا۟ فَتَيَـٰتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَآءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا﴾[1] الآية[2].

الإجابة عن هذه المناقشة:

يمكن الإجابة عنها بعدم التسليم بخصوصية هذين الحديثين بالمكرهة، بل هما عامان لها وللمطاوعة؛ لعدم ورود المخصص، والأصل العموم.

الوجه الثاني: يمكن مناقشتهما بأن الظاهر أن المقصود فيهما من يتخذ وطء الأمة طريقاً للكسب مستحلاً له، وهنا ليس كذلك بل حصل بسبب التعدي، فلا مانع منه بدليل أن من

وأحمد (٣/ ٤٦٤، ٤٦٥).

(١) سورة النور الآية: ٣٣.

(٢) المغني (٤/ ٤٠٩).

نكحت بدون ولي فنكاحها باطل، ومع ذلك أوجب لها الشرع المهر بما حصل من استحلال فرجها.

ومن المعقول:

استدل لهم ابن قدامة بما يلي:

أن الأمة إذا طاوعت المرتهن على الوطء وجب عليها الحد، وإذا وجب عليها الحد لم يجب لها المهر، قياساً على الحرة[(١)].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة بقوله: «وقولهم لا يجب الحد والمهر، قلنا: لا يجب المهر لها، وفي مسألتنا لا يجب لها وإنما يجب لسيدها، ويفارق الحرة فإن المهر لو وجب لوجب وقد أسقطت حقها بإذنها وههنا المستحق لم يأذن، ولأن الوجوب في حق الحرة بإكراهها وسقوطه بمطاوعتها فكذلك السيد وههنا لما تعلق السقوط بإذنه ينبغي أن يثبت عند عدمه»[(٢)].

ثانياً: أما قولهم بوجوب المهر على المرتهن إذا أكره الأمة فلم أطلع على دليلٍ لهم عليه، ولكن يمكن الاستدلال لهم عليه بما استدل أصحاب القول الأول.

دليل القول الثالث:

لم أطلع على دليلٍ لهم على قولهم بعدم وجوب المهر، وأما قولهم بضمان المرتهن لنقص قيمة الأمة فالظاهر أنهم يستدلون عليه بما يلي:

---

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق.

أن المرتهن قد تعدى على الأمة المرهونة فأنقص قيمتها، فيجب عليه ضمان هذا النقص.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الاستمتاع يقابل بالمهر، ولا يقابل بنقص القيمة؛ لأن الفرج يستحل بالمهر، ويشهد لذلك ما روته عائشة -رضي الله عنها- قالت: قال رسول الله ﷺ: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل» ثلاث مرات «فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها..»[1] الحديث، حيث جعل ﷺ المهر مقابل الاستمتاع.

دليل القول الرابع:

أما صاحب القول الرابع فيمكن الاستدلال له على وجوب ما نقص من القيمة عند الإكراه بما استدللت به للقول الثالث، وقد سبقت مناقشته.

ولم أطلع على دليلٍ له على عدم وجوب ما نقص من القيمة عند المطاوعة.

---

(١) رواه أبو داود في كتاب النكاح -باب في الولي (٢/ ٢٢٩)، الحديث رقم ٢٠٨٣، واللفظ له، وسكت عنه.

والترمذي في أبواب النكاح -باب ما جاء لا نكاح إلا بولي (٢/ ٢٨٠- ٢٨١)، الحديث رقم ١١٠٨، وقال: «حديث حسن».

وابن ماجه في كتاب النكاح -باب لا نكاح إلا بولي (١/ ٦٠٥)، الحديث رقم ١٨٩٠.

والدارمي في كتاب النكاح -باب: النهي عن النكاح بغير ولي (٢/ ٦٢)، الحديث رقم ٢١٩٠.

والحاكم في كتاب النكاح (٢/ ١٦٨)، وقال: «حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه».

وأحمد (٦/ ٤٧، ٦٦، ١٦٦، ٢٦٠).

وقال الألباني: «صحيح». إرواء الغليل (٦/ ٢٤٣).

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المهر يجب على المرتهن إذا وطئ الأمة المرهونة بغير إذن الراهن مطلقاً؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن المرتهن قد تعدى على ملك غيره بغير إذنه، فيضمن، والضمان هنا يكون بالمهر.

الحالة الثانية: ما يلزم المرتهن من المهر إذا وطئ الأمة المرهونة بإذن الراهن.

إذا أذن الراهن للمرتهن بوطء أمة الرهن، فوطئها فقد اختلف الفقهاء في وجوب المهر على المرتهن على أربعة أقوال:

القول الأول: أن المهر لا يجب على المرتهن إذا وطئ الأمة المرهونة بإذن الراهن.

وهذا قول عند الشافعية(١)، وبه قال أكثر الحنابلة، وهو الصحيح من المذهب عندهم(٢).

القول الثاني: أن المهر لا يجب على المرتهن إذا وطئ الأمة المرهونة بإذن الراهن إذا كانت مطاوعة له، ويجب إذا كان قد أكرهها.

وهذا قول عند الشافعية(٣)، وبه قال بعض الحنابلة حيث

(١) حلية العلماء (٤/ ٤٧٩)، روضة الطالبين (٤/ ٩٩)، مغني المحتاج (٢/ ١٣٨).
(٢) المغني (٤/ ٤٠٨)، المبدع (٤/ ٢٤٦)، الإنصاف (٥/ ١٨٧)، مطالب أولي النهى (٣/ ٢٩٠-٢٩١).
(٣) حلية العلماء (٤/ ٤٧٩)، روضة الطالبين (٤/ ٩٩)، مغني المحتاج (٢/ ١٣٨).

قال المرداوي عن قول ابن قدامة: «.. ولا مهر عليه»[١]. «.. وقيل: يجب المهر للمكرهة»[٢].

القول الثالث: أن المهر يجب على المرتهن إذا وطئ الأمة المرهونة ولو كان بإذن الراهن، وبهذا قال الحنفية[٣].

القول الرابع: أن المهر لا يجب على المرتهن إذا وطئ الأمة المرهونة بإذن الراهن، ولكن تجب عليه قيمتها ويقاصّه الراهن بها من حقه الذي عليه، وبهذا قال المالكية[٤].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن المهر يجب للسيد بسبب الوطء وقد أذن فيه وهو حقه، فلم يجب، كما لو أذن في قتلها[٥].

٢. أن المالك قد أذن في استيفاء المنفعة، فلم يجب عوضها، كالحرة المطاوعة[٦].

---

(١) المقنع ص١١٨.

(٢) الإنصاف (٥/ ١٨٧).

(٣) رؤوس المسائل ص٣٠٢، حاشية رد المحتار (٦/ ٤٨٢).

(٤) التفريع (٢/ ٢٦١)، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٢٠)، مواهب الجليل (٥/ ٢١).

(٥) المغني (٤/ ٤٠٨)، المبدع (٤/ ٢٤٦).

(٦) المرجعان السابقان، ومطالب أولي النهى (٣/ ٢٩١).

أدلة القول الثاني:

الظاهر أن أصحاب هذا القول يستدلون بما استدلوا به في المسألة السابقة، وقد سبقت مناقشته.

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الوطء بمنزلة استيفاء جزء، ولهذا كان الوطء في غير الملك يوجب العُقر[1]، فإذا كان الوطء قائماً مقامه في استيفاء الجزء فهذا استيفاء جزء من الرهن يضمن قيمته، ويكون رهناً في يده، فكذلك هاهنا[2].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن الوطء بمنزلة استيفاء جزء؛ لأن الاستيفاء لا بد فيه من تملك شيء مقابل المستوفى، وهنا ليس فيه تملك ولا تمليك وإنما فيه انتفاع بعين بإذن صاحبها، فلا يجب فيه شيء.

دليل القول الرابع:

الظاهر من كلام أصحاب هذا القول أنهم يستدلون بما يلي:

أن إذن الراهن للمرتهن بوطء الأمة المرهونة يعد إذناً له في تملكها، فإذا وطئها ملكها ووجبت عليه قيمتها، وقاص الراهن بها من حقه الذي عليه.

---

(١) العُقر -بضم العين- هو صداق المرأة إذا أتيت بشبهة. (المغرب، مادة «عقر» ٢/ ٧٤).

(٢) رؤوس المسائل، ص٣٠٣.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن الإذن في الوطء يعد تمليكاً؛ لأنه إذن بالانتفاع بعين، والإذن في الانتفاع بالعين لا يعد تمليكاً لها، كمن أذن لإنسان بسكنى داره فإنه لا يعد تمليكاً للدار.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المهر لا يجب على المرتهن إذا وطئ الأمة المرهونة بإذن الراهن؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن المهر حق للسيد وقد أسقطه بالإذن، فلا يجب كسائر الحقوق التي يستحقها.

٣- وجوب الحد على المرتهن إذا وطئ الأمة المرهونة:

إذا وطئ المرتهن الأمة المرهونة، فهل يعد بذلك زانياً فيجب عليه الحد، أو لا يعد زانياً فلا يجب عليه؟

اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أن المرتهن إذا وطئ الأمة المرهونة، وكان عالماً بالتحريم، ولا شبهة فإنه يعد زانياً، فيجب عليه الحد، أما إذا ادعى الجهالة بالتحريم واحتمل صدقه لكونه ناشئاً ببادية بعيدة عن العمران، أو حديث عهد بالإسلام، أو وجدت شبهة فإنه لا يجب عليه الحد.

وهذا وجه عند الشافعية[١].

وبه قال الإمام أحمد في الرواية المشهورة عنه، وهو المذهب عند أصحابه[٢].

القول الثاني: أن المرتهن إذا وطئ الأمة المرهونة، وكان عالماً بالتحريم، ولا شبهة، ولم يأذن له الراهن يعد زانياً فيجب عليه الحد، وإن أذن له الراهن وادعى الجهل قبل قوله مطلقاً[٣] فلا يعد زانياً، فلا يجب عليه الحد.

وهذا هو الوجه الصحيح عند الشافعية[٤].

القول الثالث: أن المرتهن إذا وطئ الأمة المرهونة بدون إذن الراهن فإنه يعد زانياً فيجب عليه الحد مطلقاً، وإن كان بإذنه فإنه لا يعد زانياً، فلا يجب عليه الحد مطلقاً.

وهذا هو الظاهر من قول المالكية[٥]، حيث جاء في التفريع:

---

(١) حلية العلماء (٤/ ٤٧٨- ٤٧٩)، روضة الطالبين (٤/ ٩٩)، مغني المحتاج (٢/ ١٣٨)، أسنى المطالب (٢/ ١٧١).

(٢) المغني (٤/ ٤٠٧)، المحرر (١/ ٣٣٦)، الفروع (٤/ ٢٣٣)، المبدع (٤/ ٢٤٥)، الإنصاف (٥/ ١٨٧)، مطالب أولي النهى (٣/ ٢٩٠).

(٣) هذا محل الفرق بين هذا القول والذي قبله، فالأول لا يقبل قول المرتهن إذا ادعى الجهل ولم يحتمل قوله الصدق لكونه ناشئاً ببادية بعيدة، أو حديث عهد بالإسلام ولو أذن له المرتهن، وهذا القول يقبل قوله إذا ادعى الجهل وقد أذن له الراهن مطلقاً.

(٤) روضة الطالبين (٤/ ٩٩)، مغني المحتاج (٢/ ١٣٨).

(٥) المدونة (٥/ ٣٣٢)، التفريع (٢/ ٢٦١)، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٢٠)، مواهب الجليل (٥/ ٢١-٢٢).

«ومن رهن أمة فوطئها المرتهن، فهو زان وعليه الحد»[١].

وجاء في مواهب الجليل: «.. وهذا الحكم حكم كل أمة محللة أنه لا حد على الواطئ عالماً كان أو جاهلاً..»[٢].

القول الرابع: أن المرتهن إذا وطئ الأمة المرهونة فإنه لا يعد زانياً، فلا يجب عليه الحد مطلقاً.

وهذا هو الظاهر من قول الحنفية، حيث جاء في حاشية رد المحتار: «.. ولو كان أمة لا يحل وطؤها لأن الفرج أشد حرمة، لكن لا يحد»[٣] فالظاهر من الإطلاق عدم الحد مطلقاً.

وبه قال الإمام أحمد في رواية عنه[٤].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على وجوب الحد عند العلم بالتحريم مع عدم الشبهة بما يلي:

١.أنه لا شبهة للمرتهن في هذا الوطء، فإن الرهن استيثاق بالدين،

---

(١) التفريع (٢/ ٢٦١).

(٢) مواهب الجليل (٥/ ٢٢).

(٣) حاشية رد المحتار (٦/ ٤٨٣).

(٤) الفروع (٤/ ٢٣٣)، المبدع (٤/ ٢٤٥- ٢٤٦)، الإنصاف (٥/ ١٨٧).

ولا مدخل لذلك في إباحة الوطء[١].

٢.أن وطء المستأجر للأمة المستأجرة يوجب الحد مع ملكه لنفعها، فالرهن من باب أولي[٢].

ثانياً: واستدلوا على عدم وجوب الحد مع ادعاء المرتهن الجهل بالتحريم واحتمال صدقه بما يلي:

أن المرتهن وطئ الأمة معتقداً إباحة وطئها، فلا يجب عليه الحد كما لو وطئها يظنها أمته[٣].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على وجوب الحد عند العلم بالتحريم مع عدم الشبهة بما استدل به أصحاب القول الأول على ذلك.

ثانياً: واستدلوا على عدم وجوب الحد مع إذن الراهن ادّعاء الجهل بالتحريم مطلقاً بما يلي:

أنه قد يخفى على المرتهن تحريم الوطء مع إذن الراهن، فيقبل ادّعاؤه الجهل، فلا يجب عليه الحد[٤].

---

(١) المغني (٤/ ٤٠٧)، المبدع (٤/ ٢٤٥- ٢٤٦).
(٢) المرجعان السابقان.
(٣) المغني (٤/ ٢٠٧).
(٤) روضة الطالبين (٤/ ٩٩).

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بخفاء تحريم وطء الأمة المرهونة على المرتهن مع إذن الراهن إذا لم ينشأ ببادية بعيدة، ولم يكن حديث عهد بالإسلام؛ لأنه من المعلوم أن الوطء لا يباح إلا بأحد أمرين: الزواج، وملك اليمين، والمرتهن لم يتزوج الأمة المرهونة، ولم يملكها، وهذا أمر يبعُد خفاؤه على العوام.

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على وجوب الحد مع عدم الإذن بما يلي:

أن الوطء إنما يباح بنكاح أو ملك يمين، ولا واحد منهما هنا، فوجب الحد(١).

لكن هذا الدليل دليل عام على وجوب الحد، وليس خاصاً بوجوب الحد عند عدم الإذن كما هو ظاهر.

ثانياً: وأما قولهم بعدم وجوب الحد مع الإذن فيمكن الاستدلال له بما استدل به أصحاب القول الثاني على عدم وجوب الحد مع الإذن ادّعاء الجهل بالتحريم قد يخفى مع الإذن، وقد سبقت مناقشته.

---

(١) انظر هذا الدليل في هامش التفريع (٢/ ٢٦١)، نقلاً عن كتاب البديع من شرح التفريع للشارمساحي جـ٢، ورقة رقم ٩٨.

دليل القول الرابع:

يمكن الاستدلال لأصحاب هذا القول بما يلي:

أن للمرتهن حق حبس الرهن، والاستيثاق به، وهذا شبه ملك، فيسقط به الحد.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن هذه شبهة ضعيفة لا تكفي لإسقاط الحد؛ لأن الملك الحقيق في الرهن للراهن، فهو باقٍ على ملكيته له.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المرتهن إذا وطئ الأمة المرهونة، وكان عالماً بالتحريم، ولا شبهة فإنه يعد زانياً فيجب عليه الحد، وأما إذا ادعى الجهالة بالتحريم واحتمل قوله الصدق لكونه ناشئاً ببادية بعيدة عن العمران، أو حديث عهد بالإسلام، أو وجدت شبهة فإنه لا يجب عليه الحد؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في هذا القول من التشديد في أمر حفظ الفروج والاحتياط فيها وهو ما تهدف إليه الشريعة الإسلامية وتدعو إليه.

الأمر الثاني: انتفاع المرتهن بالرهن إذا كان مما لا يحتاج إلى مؤنة

إذا ارتهن إنسان عيناً مما لا يحتاج إلى مؤنة خلال مدة رهنه كدار، أو قطعة أرض، أو نحو ذلك، فهل يملك الانتفاع بها مدة رهنها، أو لا يملك ذلك؟

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن المرتهن لا يملك الانتماء

بالرهن، إذا كان مما لا يحتاج إلى مؤنة، ولم يأذن له الراهن بذلك.

فقد قال بذلك الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

ووافقهم على ذلك ابن حزم[٥].

وقد نقل الإجماع على ذلك ابن رشد حيث قال: «وأجمع أهل العلم على أن المرتهن ليس له الانتفاع بشيء من الرهن فيما سوى الحيوان»[٦].

وابن قدامة، حيث قال: «ما لا يحتاج إلى مؤنة كالدار والمتاع ونحوه فلا يجوز للمرتهن الانتفاع به بغير إذن الراهن بحال، لا نعلم في هذا خلافاً»[٧].

وابن مفلح، حيث قال: «..القسم الثاني: غير ذلك وهو مما لا يحتاج إلى مؤنة، كالدار والمتاع، فلا يجوز للمرتهن الانتفاع بشيء منه بغير خلاف نعلمه»[٨].

الأدلة:

استدلوا بأدلةٍ من الكتاب، والسنة، والمعقول، وهي كما يلي:

---

(١) المبسوط (٢١/ ١٠٦)، بدائع الصنائع (٦/ ١٤٦)، الهداية (٤/ ١٣٠)، مجمع الضمانات، ص١٠٩، الاختيار (٢/ ٦٦-٦٧).

(٢) المقدمات الممهدات (٢/ ٣٧٠)، القوانين الفقهية، ص٣٢٩، جواهر الإكليل (٢/ ٨٢).

(٣) الإقناع للماوردي، ص١٠١، المهذب (١/ ٣١٨)، حلية العلماء (٤/ ٤٣٨)، روضة الطالبين (٤/ ٩٩).

(٤) المغني (٤/ ٤٣١)، الفروع (٤/ ٢٢١)، المبدع (٤/ ٢٤٠).

(٥) المحلى (٨/ ٨٩).

(٦) المقدمات الممهدات (٢/ ٣٧٠).

(٧) المغني (٤/ ٤٣١).

(٨) المبدع (٤/ ٢٤٠).

أولاً: من الكتاب:

قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ..﴾[1] الآية.

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذه الآية الكريمة بأن الله -سبحانه وتعالى- نهى فيها عن أكل أموال الناس بالباطل، والرهن باقٍ في ملكية الراهن، فمنفعته له، فيكون انتفاع المرتهن به بغير إذن الراهن انتفاع بمال غيره بغيره إذنه، فيكون من الأكل بالباطل، فلا يصح لهذه الآية.

ثانياً: من السنة:

١. ما رواه أبو بكر ﷺ أن النبي ﷺ قال في حجة الوداع: «إن دماءكم، وأموالكم، وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا، في بلدكم هذا..»[2] الحديث.

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن النبي ﷺ أخبر أن مال المسلم حرام على أخيه المسلم إذا كان بغير حق، والرهن ملك للراهن فمنفعته له، فتكون حرام على المرتهن لهذا الحديث.

---

(١) سورة البقرة الآية: ١٨٨.

(٢) سبق تخريجه، ص٥٥٠.

٢.ما رواه أبو حرّة الرّقاشي[١] من عمه[٢] أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس»[٣].

وفي رواية: «إلا بطيب نفس منه»[٤].

وجه الاستدلال:

قال ابن حزم: «.. وحكم عليه السلام بأنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه، وملك الشيء المرتهن باق لراهنه بيقين وبإجماع لا خلاف فيه، فإذا هو كذلك فحق الرهن الذي حدث فيه للمرتهن ولم ينقل ملك الراهن عن الشيء المرهون لا يوجب حدوث حكم في منعه ما للمرء أن ينتفع به من مال بغير نص بذلك، فله الوطء والاستخدام.. وسائر ما للمرء في ملكه إلا كون الرهن في يد المرتهن فقط بحق القبض

---

(١) قيل: اسمه حنيفة، وقيل: حكيم بن أبي زيد، وقيل غير ذلك، مشهور بكنيته أبي حرة، وقال جماعة: أن حنيفة اسم عمه، روى عن عمه، وروى عنه علي بن زيد بن جدعان، وسلمة بن دينار، وثقه أبو داود، وضعفه ابن معين، وقال ابن حجر: ثقة.
(ميزان الاعتدال (١/ ٦٢١)، تهذيب التهذيب (٣/ ٦٤)، تقريب التهذيب (١/ ٢٠٧)).

(٢) قال ابن حجر: قيل: اسم عمه حذيم بن حنيفة، وقيل: عمر بن حمزة، أفاده ابن فتحون، وقال -أي ابن حجر-: له صحبة.
(تهذيب التهذيب (٢/ ٣٩٣)، تقريب التهذيب (٢/ ٥٨٦)).

(٣) رواه الدارقطني في كتاب البيوع (٣/ ٢٦)، حديث رقم ٩٢، واللفظ له. والبيهقي في كتاب قتال أهل البغي -باب: أهل البغي إذا فاؤوا لم يتبع مدبرهم ولم يقتل أسيرهم.. (٨/ ١٨٢)، وأحمد (٥/ ٧٢).
وقال الألباني: «صحيح. وقد ورد عن جماعة من الصحابة منهم عم أبي حرّة الرقاشي، وأبو حميد الساعدي، وعمرو بن يثربي، وعبد الله بن عباس». إرواء الغليل (٥/ ٢٧٩).

(٤) رواها البيهقي في كتاب الغصب -باب: من غصب لوحاً فأدخله في سفينة أو بنى عليه جداراً (٦/ ١٠٠).

الذي جاء به القرآن ولا مزيد»[(١)].

٣. ما رواه أبو هريرة ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يغلق الرهن، له غنمه، وعليه غرمه»[(٢)].

وفي لفظ: «لا يغلق الرهن، والرهن لمن رهنه، له غنمه، وعليه غرمه»[(٣)].

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن النبي ﷺ أخبر أن للراهن له غنمه أي منفعته، وعليه غرمه أي ما يحتاج إليه من نفقة ونحوها، وهذا عام في كل نوع من أنواع الرهن إلا ما أخرجه النص وهو الحيوان المركوب والمحلوب، فيدخل في هذا العموم ما لا يحتاج إلى مؤنة كالدار، والمتاع، ونحو ذلك.

وقد سبق بيان كلام أهل العلم على هذا الحديث عند تخريجه.

ثالثاً: من المعقول:

١. أن عقد الرهن يفيد ملك الحبس، لا ملك الانتفاع، فلا يجوز للمرتهن الانتفاع به؛ لأنه يكون حينئذ غاصباً[(٤)].

٢. أن الرهن ملك للراهن، فكذلك نماؤه، ومنافعه، فليس لغيره أخذها بغير إذنه[(٥)].

---

(١) المحلى (٨/ ٨٩).

(٢) سبق تخريجه، ص٩٤٣.

(٣) سبق تخريجه، ص٩٤٤.

(٤) بدائع الصنائع (٦/ ١٤٦)، الهداية (٤/ ١٣٠)، الاختيار (٢/ ٦٦-٦٧).

(٥) المغني (٤/ ٤٣١)، المبدع (٤/ ٢٤٠).

المطلب السادس: سفر المرتهن بالرهن

إذا كان عند إنسان رهناً مما يمكن نقله كسيارة، أو دابة أو نحو ذلك وأراد السفر إلى بلد آخر، فهل يملك السفر بهذا الرهن معه، أو لا يملك ذلك؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن المرتهن لا يملك السفر بالرهن إلا بإذن الراهن.

وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية[(١)]، وهو الظاهر من قول المالكية حيث جاء في مواهب الجليل: «إذا سافر المرتهن بغير إذن الراهن فالظاهر أنه ضامن»[(٢)].

وبه قال الإمام الشافعي[(٣)]، وهو الظاهر من قول أصحابه حيث قالوا بذلك في الوديعة[(٤)]، ويد المرتهن على الرهن يد أمانة عندهم[(٥)]، فيكون حكم الوديعة في ذلك.

القول الثاني: أن المرتهن لا يملك السفر بالرهن إذا كان الطريق مخوفاً ويملكه إذا كان آمناً.

---

(١) فتاوى قاضيخان (٣/ ٦٠٢)، مجمع الضمانات، ص١٠٩.
(٢) مواهب الجليل (٥/ ٢٧).
(٣) الأم (٣/ ١٧١).
(٤) المهذب (١/ ٣٦٧- ٣٦٨)، روضة الطالبين (٦/ ٣٢٨).
(٥) روضة الطالبين (٤/ ٩٦)، مغني المحتاج (٢/ ١٣٦- ١٣٧).

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة[١]، وهو الظاهر من المذهب عند الحنابلة حيث قالوا بذلك في الوديعة[٢]، ويد المرتهن على الرهن يد أمانة عندهم[٣]، فيكون حكم الرهن حكم الوديعة في ذلك.

الأدلة:

دليل القول الأول:

يمكن الاستدلال لهم بما يلي:

أن الرهن باقٍ في ملكية الراهن، وليس للمرتهن إلا ملك الحبس دون التصرف بالسفر ونحوه، فلا يملكه إلا بإذن الراهن.

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب القول الأول:

أن المسافرة لا تمنع المرتهن بسبب الرهن، ولو دفعه إلى غيره كان ضامناً مخالفاً لما أوجب له نصاً، فلا يجد بُداً من أن يسافر به معه[٤].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن عليه أن يستأذن من الراهن للسفر به فإن أذن له وإلا اتفق معه على وضعه في يد عدل، وبهذا لا يعد ضامناً ولا مخالفاً لما أوجب له.

---

(١) المبسوط (٢١/ ٧٩)، فتاوى قاضيخان (٣/ ٦٠٢)، الضمانات، ص١٠٩.

(٢) المغني (٧/ ٢٨٤)، المبدع (٥/ ٢٣٨)، الإنصاف (٦/ ٣٢٧).

(٣) المغني (٤/ ٤٤٢)، العدة، ص٢٤٧، المبدع (٤/ ٢٢٧).

(٤) المبسوط (٢١/ ٧٩).

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المرتهن لا يملك السفر بالرهن إلا بإذن الراهن؛ لما استدللت به لهم، ولما في ذلك من الحفاظ على الرهن من التلف أو الضياع.

المطلب السابع: تلف الرهن تحت يد المرتهن، وضمانه

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: ضمان المرتهن للرهن إذا تلف تحت يده.

المسألة الثانية: كيفية ضمانه له.

المسألة الأولى: ضمان المرتهن للرهن إذا تلف تحت يده

إذا تلف الرهن وهو في يد المرتهن إما بسبب من جهته بأن تصرف فيه فتلف، أو بسبب من جهة غيره، فهل يعد أميناً عليه فلا يضمن إلا بتعد أو تفريط، أو يضمن مطلقاً، أو يختلف ذلك باختلاف عين الرهن؟

اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أن يد المرتهن تعد يد أمانة، فلا يضمن إلا بتعد أو تفريط.

وبهذا قال الإمام الشافعي، وأصحابه[1]، وهو الرواية المشهورة عن الإمام أحمد[2]، وبها أخذ أصحابه، وهو

(١) الأم (٣/ ١٧٠، ١٩١)، الوجيز (١/ ١٦٦)، المهذب (١/ ٣٢٣)، حلية العلماء (٤/ ٤٥٨)، روضة الطالبين (٤/ ٩٦)، مغني المحتاج (٢/ ١٣٦- ١٣٧).

(٢) المغني (٤/ ٤٤٢)، المذهب الأحمد، ص٩٢، العدة، ص٢٤٧، الفروع (٤/ ٢٢٨)، المبدع (٤/ ٢٢٧)، الإنصاف (٥/ ١٥٩).

المذهب عندهم، وبه قال ابن حزم[(١)].

القول الثاني: أن يد المرتهن تعد يد ضمان، فيضمن مطلقاً.

وبهذا قال الحنفية[(٢)]، والإمام أحمد في رواية عنه[(٣)].

القول الثالث: أن الرهن إن كان مما يخفى هلاكه كالذهب، والفضة، والعروض فإن المرتهن يضمن إلا أن يأتي بشهود على أن الهلاك من غير تعد ولا تفريط، وإن كان مما لا يخفى هلاكه كالدور والحيوان فإنه لا يضمن إلا بتعد أو تفريط.

وبهذا قال الإمام مالك في رواية عنه، وبها أخذ أكثر أصحابه[(٤)].

القول الرابع: أن الرهن إن كان مما يخفى هلاكه كالذهب، والفضة ضمن مطلقاً، وإن كان مما لا يخفى هلاكه كالدور، والحيوان لم يضمن إلا بتعد أو تفريط.

وبهذا قال الإمام مالك في رواية عنه، وبها أخذ أشهب من أصحابه[(٥)].

---

(١) المحلى (٨/ ٩٩).

(٢) النتف في الفتاوى (٢/ ٦٠٨)، بدائع الصنائع (٦/ ١٥٤)، الاختيار (٢/ ٦٤- ٦٥)، مجمع الضمانات، ص١٠٩، الفتاوى الهندية (٥/ ٤٤٧)، اللباب (٢/ ٦٥)، وهذا بالنسبة لما يساوي الدين من مالية الرهن، أما ما زاد على الدين فيعدونه أمانة.

(٣) المبدع (٤/ ٢٢٧)، الإنصاف (٥/ ١٥٩)، وتأولها القاضي على المتعدي.

(٤) الإشراف (٢/ ٧)، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨١٦- ٨١٧)، المنتقى شرح موطأ مالك (٥/ ٢٤٤)، بداية المجتهد (٢/ ٢٧٧)، القوانين الفقهية، ص٣٢٩.

(٥) المقدمات الممهدات (٢/ ٢٤٤، ٣٦٧- ٣٦٨)، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨١٦- ٨١٧)، المنتقى شرح موطأ مالك (٥/ ٢٤٤).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

١. ما رواه أبو بكر ﷺ أن النبي ﷺ قال في حجة الوداع: «إن دماءكم، وأموالكم، وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا..»(١) الحديث.

وجه الاستدلال:

قال ابن حزم عند استدلاله بهذا الحديث: «فلم يحل لغريم المرتهن شيئاً، ولا أن يضمن الرهن بغير نص في تضمينه إلا أن يتعدى فيه، أو بأن يضيعه فيضمنه حينئذ باعتدائه في كلا الوجهين..»(٢).

٢. ما رواه أبو هريرة ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يغلق الرهن، له غنمه، وعليه غرمه»(٣).

وفي لفظ: «لا يغلق الرهن، والرهن لمن رهنه، له غنمه، وعليه غرمه»(٤).

وجه الاستدلال:

قال الإمام الشافعي عند استدلاله بهذا الحديث: «وبهذا نأخذ، وفيه

---

(١) سبق تخريجه، ص٥٥٠.

(٢) المحلى (٨/ ٩٩).

(٣) سبق تخريجه ص٩٤٣.

(٤) سبق تخريجه ص٩٤٣.

دليل على أن جميع ما كان رهناً غير مضمون على المرتهن، لأن رسول الله ﷺ إذا قال: (الرهن من صاحبه الذي رهنه) فمن كان منه شيء فضمانه منه لا من غيره، ثم زاد فأكد له فقال: (له غنمه وعليه غرمه) وغنمه سلامته وزيادته، وغرمه عطبه ونقصه، فلا يجوز فيه إلا أن يكون ضمانه من مالكه إلا من مرتهنه..»[(١)].

مناقشة هذا الدليل:

نوقش هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول: يمكن مناقشته بأنه متكلم في صحته، فمن العلماء من ضعّفه كما سبق عند تخريجه.

الوجه الثاني: ناقشه الكاساني بأنه يحتمل أن يكون معنى «لا يغلق» لا يهلك؛ لأن الغلق يستعمل في الهلاك كما قال بعض أهل اللغة[(٢)]، وعلى هذا يكون الحديث حجة عليهم لا لهم؛ لأنه يذهب الدين فلا يكون هالكاً معنى[(٣)].

ثانياً: من المعقول:

١. أن الرهن وثيقة بالدين، فلا يضمن، كالزيادة على قدر الدين، وكالكفيل، والشاهد[(٤)].

---

(١) الأم (٣/ ١٧٠).

(٢) قال الأزهري: «والغلق: الهلاك، ومعنى: لا يغلق الرهن، أي: لا يهلك»، وقال ابن منظور: «والغلق: الهلاك، ومعنى لا يغلق الرهن أي لا يهلك».
(تهذيب اللغة، مادة «غلق» (١٦/ ١٤١)، لسان العرب، مادة «غلق» (١٠/ ٢٩٣)).

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ١٥٥).

(٤) المغني (٤/ ٤٤٣)، المبدع (٤/ ٢٢٧)، كشاف القناع (٣/ ٣٤١).

٢. أن الرهن مقبوض بعقد واحد بعضه أمانة، فكان جميعه أمانة، فلا يضمن، كالوديعة[١].

٣. أنه لو ضمن الرهن لامتنع الناس من فعله خوفاً من الضمان، وذلك وسيلة إلى تعطيل المداينات والقروض، وفيه ضرر عظيم، وهو -أي الضرر- منفي شرعاً.[٢]

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من السنة، والإجماع، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

١. ما رواه أبو هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «الرهن بما فيه»[٣].

٢. ما رواه أنس بن مالك ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «الرهن بما فيه»[٤].

---

(١) المغني (٤/ ٤٤٣).

(٢) المبدع (٤/ ٢٢٧)، مطالب أولي النهى (٣/ ٢٦٩)، كشاف القناع (٣/ ٣٤١).

(٣) رواه البيهقي في كتاب الرهن -باب: من قال الرهن مضمون (٦/ ٤٠)، وقال: «وهو منقطع بين عمرو بن دينار وأبي هريرة».

(٤) رواه الدارقطني في كتاب البيوع (٣/ ٣٢)، الحديث رقم ١٢٣، وقال: «لا يثبت هذا عن حميد، وكل من بينه وبين شيخنا ضعفاء»، والحديث رقم ١٢٤، وقال: «إسماعيل هذا -يعني إسماعيل بن أبي أمية- يضع الحديث، وهذا باطل عن قتادة، وعن حمادة بن سلمة».

٣.ما رواه طاوس[١] أن النبي ﷺ قال: «الرهن بما فيه»[٢].

قال الكاساني: «وهذا نص في الباب لا يحتمل التأويل»[٣].

مناقشة هذه الأدلة:

نوقشت من وجهين:

الوجه الأول: يمكن مناقشتها بأنها ضعيفة كما في تخريجها.

الوجه الثاني: ناقشها ابن قدامة بأن يحتمل أن معناها أن الرهن محبوس بما فيه[٤].

٤.ما رواه عطاء[٥] بن أبي رباح أن رجلاً ارتهن فرساً، فمات الفرس في يد المرتهن، فقال رسول الله ﷺ: «ذهب حقك»[٦].

---

(١) وهو طاوس بن كيسان، الفقيه، القدوة، عالم اليمن، ولد في خلافة عثمان، قال فيه ابن حبان: كان من عبّاد أهل اليمن، ومن سادات التابعين، وكان قد حج أربعين حجة، وكان مستجاب الدعوة، وهو حجة باتفاق، توفي سنة ١٠٦هـ.
(طبقات ابن سعد (٥/ ٥٣٧- ٥٤٢)، سير أعلام النبلاء (٥/ ٣٨- ٤٩)، تهذيب التهذيب (٥/ ٨-١٠)).

(٢) رواه أبو داود في كتابه «المراسيل» في كتاب الرهن ص١٤٣، الحديث رقم ١٦٦، وهو مرسل كما هو واضح.

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ١٥٤).

(٤) المغني (٤/ ٤٤٣).

(٥) هو عطاء بن أبي رباح، واسمه -أي أبي رباح- أسلم، القرشي، المكي، يكنى بأبي محمد، قال ابن سعد: انتهت إليه فتوى أهل مكة وإلى مجاهد في زمانهما، وقال ابن حبان: وكان من سادات التابعين فقهاً، وعلماً، وورعاً، وفضلاً، وقال أبو حنيفة: ما رأيت فيمن لقيت أفضل من عطاء، توفي سنة ١١٤هـ، وقيل: ١١٥هـ.
طبقات ابن سعد (٢/ ٣٨٦)، تهذيب التهذيب (٧/ ١٩٩- ٢٠٣).

(٦) رواه الطحاوي في كتاب الرهن، باب الرهن يهلك في يد المرتهن كيف حكمه؟ (٤/ ١٠٢)، واللفظ له.

وهذا الحديث واضح الدلالة.

مناقشة هذا الدليل:

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: يمكن مناقشته بأنه مرسل وضعيف كما هو واضح من كلام الشافعي في تخريجه.

الوجه الثاني: ناقشه ابن رشد، وابن قدامة، وابن مفلح بأنه لا حجة فيه لاحتمال أن يكون معناه ذهب حقك من الوثيقة بالحبس لا دَيْنُك، بدليل أن الرسول ﷺ لم يسأله عن قدر الدين وقيمة الفرس، وفائدته أن لا يلزم الراهن رهن آخر بدله(١).

الإجابة عن هذا الوجه:

أجابه عنه الزيلعي بأنه لا يجوز ذلك؛ لأنه لا يتصور حبسه، فلا يحتاج فيه إلا بيان، لأن الرسول ﷺ بعث لبيان الأحكام لا لبيان الحقائق، ولأن الحق ذكر معرّفاً بالإضافة، فيعود إلى المذكور أولاً(٢).

وأبو داود في كتابه «المراسيل» في كتاب الرهن، ص١٤٣، الحديث رقم ١٦٥.

وابن أبي شيبة في كتاب البيوع والأقضية -باب في الرجل يرهن الرهن فيملك (٧/ ١٨٣).

والبيهقي في كتاب الرهن -باب: من قال الرهن مضمون (٦/ ٤١).

قال الشافعي: «ومما يدلك على وهن هذا عن عطاء إن كان رواه أن عطاء يفتي بخلافه ويقول فيه بخلافه..». الأم (٣/ ١٩٢).

وابن حزم (٣/ ١٩٢).

(١) المقدمات الممهدات (٢/ ٣٦٩)، المغني (٤/ ٤٤٣)، المبدع (٤/ ٢٢٧).

(٢) تبيين الحقائق (٦/ ٦٤).

ثانياً: من الإجماع:

أن الصحابة ﷺ والتابعين قد أجمعوا على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته، فالقول بالأمانة خرق لهذا الإجماع[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته من وجهين ذكرهما ابن حزم وهما:

الوجه الأول: عدم التسليم بانعقاد الإجماع، بل لم يرد ذلك إلا عن عمر بن الخطاب[2]، وابنه عبد الله[3]، وعلي بن أبي طالب[4]، فأما عمر فلم يصح ذلك عنه؛ لأنه من رواية عبيد[5] بن عمير وهو لم يولد إلا بعد وفاة عمر، أو

---

(١) الهداية (٤/ ١٢٧)، تبيين الحقائق (٦/ ٦٤)، الاختيار (٢/ ٦٤).

(٢) رواه ابن أبي شيبة في كتاب البيوع والأقضية -باب في الرجل يرهن الرهن فيهلك (٧/ ١٨٨ - ١٨٩).

والطحاوي في كتاب الرهن -باب: الرهن يهلك في يد المرتهن كيف حكمه؟ (٤/ ١٠٣).

والبيهقي في كتاب الرهن -باب من قال الرهن مضمون (٦/ ٤٣)، وقال: «هذا ليس بمشهور عن عمر».

والدارقطني في كتاب البيوع (٣/ ٣١)، الحديثان ١١٩، ١٢٠.

وابن حزم في المحلى (٨/ ٩٧).

(٣) رواه ابن أبي شيبة في الكتاب والباب السابقين (٧/ ١٨٥).

وابن حزم في المحلى (٨/ ٩٧).

(٤) رواه ابن أبي شيبة في الكتاب والباب السابقين.

والبيهقي في كتاب الرهن -باب: من قال الرهن مضمون (٦/ ٤٣)، وضعّفه حيث قال: «الحارث الأعور والحجاج بن أرطأة ومعمر بن سليمان غير محتج بهم».

وعبد الرزاق في كتاب البيوع -باب: الرهن يهلك في يد المرتهن كيف حكمه؟ (٤/ ١٠٣).

وابن حزم (٨/ ٩٧).

(٥) هو عبيد بن عمير بن قتادة بن سعيد الليثي، المكي، يكنى بأبي عاصم، قاص أهل مكة، =

أدركه صغير لم يسمع منه شيئاً، وأما ابن عمر فلا يصح عنه؛ لأنه من رواية إبراهيم[١] بن عمير عنه وهو مجهول، وأما علي فمختلف عنه في ذلك، وأصح الروايات عنه إسقاط التضمين فيما أصابته جائحة[٢].

الوجه الثاني: أنه إن صحّ ذلك فهم -يعني الحنفية- قد خالفوا الإجماع؛ لأنهم لا يضمّنون بعض الرهن وهو ما زاد من قيمته على قيمة الدين، فهذا حكمهم على أنفسهم[٣].

ثالثاً: من الآثار:

١. ما رواه عبيد بن عمير أن عمر بن الخطاب ﷺ قال في رجل يرتهن الرهن فيضيع عنده: إن كان أقل مما فيه يرد عليه تمام حقه، وإن كان أكثر فهو أمين[٤].

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الأثر بأن عمر ﷺ بيّن فيه أن الرهن إذا ضاع عند المرتهن فإنه يضمنه وذلك بأن يسقط مقدار قيمته عن حقه،

قال ابن حجر: روى عن أبيه، وعمر، وعلي، وغيرهم، وروى عنه ابنه عبد الله، وعطاء، ومجاهد، وغيرهم، ووثّقه ابن سعد، وابن معين، وأبوزرعة، والعجلي، وغيرهم»، وتوفي سنة ٦٨هـ.

طبقات ابن سعد (٥/ ٤٦٣- ٤٦٤)، تهذيب التهذيب (٧/ ٧١).

(١) هكذا قال عنه ابن حزم: مجهول، ولم أعثر على ترجمة له فيما بين يدي من كتب التراجم.

(٢) رواها البيهقي في كتاب الرهن -باب: من قال الرهن مضمون (٦/ ٤٣)، والطحاوي في كتاب الرهن -باب: الرهن يهلك في يد المرتهن كيف حكمه؟ (٤/ ١٠٣).

(٣) انظر: هذين الوجهين في المحلى (٨/ ٩٨).

(٤) سبق تخريجه ص٩٨٢.

ويأخذ ما يكمله من المرتهن إن كانت قيمة الرهن أقل من حقه، ويسقط حقه ويبقى الباقي من قيمة الرهن أمانة في يده إن كانت قيمته -أي الرهن- أكثر من حقه.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه ضعيف كما بيّن ابن حزم في مناقشة الدليل السابق.

٢. ما روي عن علي بن أبي طالب ﷺ أنه قال: إذا كان الرهن أفضل من القرض، أو كان القرض أفضل من الرهن ثم هلك يترادّان الفضل[١].

وجه الاستدلال كما تقدم في الأثر السابق.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه ضعيف كما في مناقشة ابن حزم لدليل الإجماع، وكما بيّن البيهقي في تخريجه.

رابعاً: من المعقول:

١. أن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء، وهو أن يكون موصلاً إليه، ويثبت ذلك بملك اليد والحبس، ليقع الأمن من الجحود، مخافة جحود المرتهن، الرد، وليكون عاجزاً عن الانتفاع به فيسارع إلى قضاء الدين، أو لضجره، فإذا ثبت هذا المعنى ثبت الاستيفاء من وجه، وقد تقرر بالهلاك، فلو استوفى الدين بعده أدى إلى الربا؛

---

(١) سبق تخريجه ص٩٨٢.

لأنه استيفاء ثان، ولا يلزم ذلك حال قيام الرهن؛ لأن استيفاء الأول ينقض بالرد على الراهن، فلا يتكرر[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن المرتهن يستوفي الدين عند هلاك الرهن، بل الراجح أنه يبقى الدين في ذمة الراهن وإن تلف الرهن كما سيأتي -إن شاء الله-.

٢. أن الرهن عين مقبوضة للاستيفاء، فيضمنها من قبضها لذلك، أو من قبضها نائبه، كحقيقة المستوفى[2].

مناقشة هذا الدليل:

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: ناقشه ابن قدامة بأن المستوفى إنما صار ملكاً للمستوفي، فله نماؤه وغنمه، فكان عليه ضمانه، بخلاف الرهن[3].

الوجه الثاني: وناقشه ابن مفلح بأن الرهن مقبوض بعقد بعضه أمانة، فكان جميعه أمانة، كالوديعة[4].

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

---

(١) تبيين الحقائق (٦/ ٦٤)، بدائع الصنائع (٦/ ١٥٤).

(٢) المغني (٤/ ٤٤٣)، المبدع (٤/ ٢٢٧).

(٣) المغني (٤/ ٤٤٣).

(٤) المبدع (٤/ ٢٢٧).

أن الرهن لم يجرِ مجرى الأمانات المحضة، ولا مجرى المضمون المحض؛ لأنه أخذ شبهاً منهما، فلم يكن له حكم أحدهما على التحديد، وذلك لأن الأمانات المحضة هي التي لا نفع فيها لقابضها، بل النفع فيها للمالك، كالوديعة، أو أكثر النفع كالقراض، والمضمون المحض هو ما كان النفع كله لقابضه كالقرض، أو تعدي جناية كالغصب، وفي هذه المسألة لما لم يكن تعد ولا جناية فيضمن، ولا ينفرد المالك بالمنفعة فيسقط الضمان عن المرتهن، وكانت المنفعة لهما، فالمالك حصل له ما ابتاعه أو سلفه وبقي الدين في ذمته لأجل الرهن، ولولاه لم يملكه، والمرتهن حصل له التوثيق، فلم يقبضه لمالكه، لم يجز أن ينفرد بكم أحدهما على التحديد؛ لأخذه شبهاً منهما، وبهذا يجب الفصل بينهما، فيحصل من ذلك ما ذكرناه من التفصيل[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن أكثر النفع في الرهن للراهن؛ لأنه يحصل له بسببه الشراء أو القرض، فيحصل له فائدة التأجيل، ولهذا فهو الذي يطلب ذلك في الغالب فيكون الرهن أمانة كالقراض الذي قالوا بأنه أمانة؛ لأن أكثر النفع فيه لصاحب المال.

دليل القول الرابع:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

القياس على العارية، فكما أن المستعير يضمن مطلقاً إذا كانت

---

(١) المقدمات الممهدات (٢/ ٣٦٨- ٣٦٩)، الإشراف (٢/ ٧-٨).

العارية مما يخفي هلاكه، ولا يضمن إلا بتعد أو تفريط إذا كانت مما لا يخفى هلاكه، فكذلك المرتهن، والعلة الجامعة بينهما أن المرتهن قبض الرهن لمنفعة نفسه خالصاً كما قبض المستعير العارية لمنفعة نفسه خالصاً[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته من وجهين:

الوجه الأول: عدم التسليم بأن المستعير يضمن مطلقاً إذا كانت العارية مما يخفى هلاكه، ولا يضمن إلا بتعد إذا كانت مما لا يخفى هلاكه، بل الراجح كما سبق[2] أنه لا يضمن إلا بتعد أو تفريط مطلقاً.

الوجه الثاني: على تقدير التسليم بذلك فلا تسلم العلة وهي كون المرتهن قبض الرهن لمنفعة نفسه خالصاً، بل قبضه لمنفعة ومنفعة الراهن وهي حصول ما يريد من القرض، أو شراء ما يحتاج إلى شرائه.

الرد على أصل هذين القولين:

ردّ الإمام الشافعي على أصل هذين القولين -الثالث والرابع- في التفريق بين ما يخفى هلاكه وما لا يخفى بقوله: «واسم الرهن جامع لما يظهر هلاكه ويخفى وإنما جاء الحديث[3] جملة ظاهراً، وما كان جملة

---

(١) المقدمات الممهدات (٢/ ٢٤٤).

(٢) ص٥٦٣-٥٦٤.

(٣) الظاهر أنه يعني ما استدل به أصحاب القول الأول من حديث أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلق الرهن، والرهن لمن رهنه..» الحديث.

ظاهراً فهو على ظهوره وجملته إلا أن تأتي دلالة عمن جاء عنه أو يقول العامة على أنه خاص دون عام وباطن دون ظاهر ولم نعلم دلالة جاءت بهذا عن رسول الله ﷺ فنصير إليها، ولو جاز هذا بغير دلالة جاز لقائل أن يقول: الرهن الذي يذهب به إذا هلك هلك حق المرتهن الظاهر الهلاك؛ لأن ما ظهر هلاكه فليس في موضع أمانة فهو كالرضا منهما بأنه بما فيه، أو مضمون بقيمته، وأما ما خفي هلاكه فرضي صاحبه بدفعه إلى المرتهن، وقد يعلم أن هلاكه خاف فقد رضي فيه أمانته فهو أمينه، فإن هلك لم يهلك من مال المرتهن شيء، فلا يصح في هذا قول أبداً على هذا الوجه إذا جاز أن يصير خاصاً بلا دلالة[1].

الترجيح:

بعد إمعان النظر في هذه المسألة والأدلة فيها اتضح أن أكثر الأدلة فيها لم تخلَ من ورود بعض المناقشات عليها، ومع ذلك فالذي يظهر رجحانه -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن يد المرتهن تعد يد أمانة، فلا يضمن إلا بتعد أو تفريط؛ لسلامة أكثر أدلته من المناقشات، ولأنه هو المتمشي مع ما تهدف إليه الشريعة الإسلامية عموماً، ومشروعية الرهن خصوصاً من التيسير على الناس، ودفع حاجاتهم.

المسألة الثانية: كيفية ضمان المرتهن للرهن

إذا تلف الرهن تحت يد المرتهن ولزمه ضمانه، فما هي كيفية الضمان؟ هل يضمنه بدفع قيمته للراهن ويبقى الدين على حاله، أو يسقط الدين

---

(١) الأم (٣/ ١٩١).

مقابل الرهن؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الرهن إذا هلك في يد المرتهن ولزمه الضمان ضمنه للراهن بقيمته، ويبقى الدين ثابتاً على حاله في ذمة الراهن.

وبهذا قال الشافعية[١]، والحنابلة[٢]، وبه قال ابن حزم[٣].

القول الثاني: أنه إذا هلك الرهن في يد المرتهن ولزمه الضمان فإنه يسقط الدين في مقابله، ويترادّان -أي الراهن والمرتهن- الفضل بينهما، بمعنى أنه إن كانت قيمة الدين أكثر رجع المرتهن على الراهن بالفضل، وإن كانت قيمة الرهن أكثر رجع الراهن على المرتهن بما فضل من قيمة الرهن.

وبهذا قال الحنفية[٤]، والمالكية[٥].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن الرهن وثيقة بدين، ليس بعوض منه، فلم يسقط الدين

---

(١) الأم (٧/ ١٧٠)، الوجيز (١/ ١٦٦)، المهذب (١/ ٣٢٣)، حلية العلماء (٤/ ٤٥٨)، روضة الطالبين (٤/ ٩٦)، مغني المحتاج (٢/ ١٣٧).

(٢) الفروع (٤/ ٢٢٨- ٢٢٩)، المبدع (٤/ ٢٢٨)، الإنصاف (٥/ ١٦٠)، غاية المنتهى (٢/ ٩٢).

(٣) المحلى (٨/ ٩٩).

(٤) بدائع الصنائع (٦/ ١٥٤)، الهداية (٤/ ١٢٨)، الاختيار (٢/ ٦٤-٦٥). الفتاوى الهندية (٥/ ٤٤٧).

(٥) الإشراف (٢/ ٨)، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨١٦- ٨١٧)، المقدمات الممهدات (٢/ ٣٦٧- ٣٦٨) القوانين الفقهية، ص٣٢٩.

بهلاكه، كموت الضامن[١].

٢. أن الدين كان ثابتاً في ذمة الراهن قبل تلف الرهن، ولم يوجد ما يسقطه، فيبقى على حاله[٢].

٣. أن الدين لا يسقط بتلف الرهن، قياساً على ما لو دفع إنسان إلى آخر عبداً ليبيعه، ويأخذ حقه من ثمنه، فيتلف العبد قبل البيع، فإن الحق لا يسقط[٣].

٤. أن الدين لا يسقط بتلف الرهن، قياساً على ما لو حبس إنسان عيناً استأجرها وتعجّل صاحبها أجرتها ثم انفسخ العقد، فتلفت حال حبسها وبعد الفسخ، فإن الأجرة لا تسقط[٤].

واستدل لهم الكاساني بما يلي:

أن عقد الرهن شرع وثيقة بالدين، ولو سقط الدين بهلاك المرهون لكان توهيناً لا توثيقاً؛ لأنه يقع تعريض الحق للتلف على تقدير هلاك الرهن، فكان توهيناً لا توثيقاً له[٥].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه الكاساني بالتسليم بأن عقد الرهن شرع وثيقة بالدين، ولكن معنى التوثيق في الرهن هو التوصل إلى الحق في أقرب الأوقات؛ لأنه

---

(١) المهذب (١/ ٣٢٣)، مغني المحتاج (٢/ ١٣٧).

(٢) المبدع (٤/ ٢٢٨)، هداية الراغب، ص٣٤٧.

(٣) المرجعان السابقان، والفروع (٤/ ٢٢٩)، والإقناع (٢/ ١٦٢).

(٤) الفروع (٤/ ٢٢٩)، المبدع (٤/ ٢٢٨)، الإقناع (٢/ ١٦٢).

(٥) بدائع الصنائع (٦/ ١٥٤).

كان للمرتهن ولاية مطالبة الراهن بقضاء الدين من مطلق ماله، وبعد الرهن حدثت له ولاية المطالبة بالقضاء من ماله المعين وهو الرهن بواسطة البيع فازداد طريق الوصول إلى حقه فحصل معنى التوثيق[(١)].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من السنة، والآثار:

أولاً: من السنة:

ما رواه عطاء بن أبي رباح أن رجلاً ارتهن فرساً، فمات الفرس في يد المرتهن، فقال رسول الله ﷺ: «ذهب حقك»[(٢)].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بما تقدم[(٣)] في المسألة السابقة.

ثانياً: من الآثار:

١. ما روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال في الرجل يرتهن الرهن فيضيع عنده: إن كان أقل مما فيه يرد عليه تمام حقه، وإن كان أكثر فهو أمين[(٤)].

٢. ما روي عن علي بن أبي طالب ﷺ أنه قال: إذا كان الرهن أفضل من القرض، أو كان القرض أفضل من الرهن ثم هلك يترادّان الفضل»[(٥)].

---

(١) المرجع السابق (٦/ ١٥٥).

(٢) سبق تخريجه، ص٩٨٠.

(٣) ص٨٧٤.

(٤) سبق تخريجه، ص٩٨٢.

(٥) سبق تخريجه، ص٩٨٢.

وهذان الأثران واضحا الدلالة.

مناقشة هذين الدليلين:

يمكن مناقشتهما بأنهما ضعيفان كما سبق[١].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن الرهن إذا هلك في يد المرتهن ولزمه الضمان للراهن بقيمته، ويبقى الدين ثابتاً على حاله في ذمة الراهن؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن المقصود بالرهن حبسه للاستيثاق لا تمليكه للمرتهن، ولهذا لا يملكه عند حلول الدين والعجز عن الوفاء.

---

(١) ص٩٨٢-٩٨٣.

المبحث الثاني
تصرفات العدل في الرهن إذا كان بيده

وفيه تمهيد، وثمانية مطالب:

التمهيد: وفيه الكلام على خلاف الفقهاء في حكم وضع الرهن في يد عدل[1].

المطلب الأول: بيع العدل الرهن للوفاء.

المطلب الثاني: رهن العدل للرهن.

المطلب الثالث: إجارة العدل للرهن.

المطلب الرابع: إعارة العدل للرهن.

المطلب الخامس: إيصاء العدل إلى غيره بحفظ الرهن.

المطلب السادس: سفر العدل بالرهن.

المطلب السابع: انفراد أحد العدول بالحفظ إذا تعددوا.

المطلب الثامن: تلف الراهن تحت يد العدل، وضمانه.

---

(١) المقصود بالعدل هنا هو الذي يثق الراهن والمرتهن بكون الرهن في يده لحفظه وحيازته. حاشية شلبي على تبيين الحقائق (٦/ ٨٠).

التمهيد: خلاف الفقهاء في حكم وضع الرهن في يد عدل

لعل من المناسب قبل الكلام على تصرفات العدل في الرهن التمهيد لذلك ببيان خلاف الفقهاء في حكم وضع الرهن في يد عدل؛ لأن هذه التصرفات مبنيّة على القول بصحة وضعه، فأقول:

إذا اتفق الراهن والمرتهن على جعل الرهن مدة ارتهانه في يد إنسان عدل يثقان به ليحفظه عنده خلال تلك المدة، فهل يصح ذلك، أو لا يصح؟

ذكر ابن قدامة أنه لا يعلم في صحة هذا خلافاً، حيث قال: «والشروط في الرهن تنقسم قسمين: صحيحاً وفاسداً، فالصحيح مثل أن يشترط كونه على يد عدل عينه أو عدلين أو أكثر، أو أن يبيعه العدل عند حلول الحق، ولا نعلم في صحة هذا خلافاً»[1].

ولكن بعد البحث والتأمل في كتب الفقهاء اتضح أن المسألة محل خلاف، وذلك على قولين:

القول الأول: يصح للراهن والمرتهن وضع الرهن في يد عدل.

وبهذا قال جمهور الحنفية[2]، وبه قال المالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5].

---

(١) المغني (٤/ ٤٢٨).

(٢) الكتاب للقدوري (٢/ ٥٦)، المبسوط (٢١/ ٧٧)، بدائع الصنائع (٦/ ١٣٧)، الهداية (٤/ ١٤١)، تبيين الحقائق (٦/ ٨٠)، البحر الرائق (٨/ ٢٥٥).

(٣) الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨١٣)، الإشراف (٢/ ٥)، القوانين الفقهية، ص٣٢٩.

(٤) الأم (٣/ ١٧١- ١٧٢)، حلية العلماء (٤/ ٤١٣)، المهذب (١/ ٣١٧)، مغني المحتاج (٢/ ١٣٣)، أسنى المطالب (٢/ ١٦٥).

(٥) المغني (٤/ ٣٨٦- ٣٨٧)، المبدع (٤/ ٢٣٠)، غاية المنتهى (٢/ ٩٢).

القول الثاني: لا يصح للراهن والمرتهن وضع الرهن في يد عدل.

وبهذا قال زفر من الحنفية[١]، وابن حزم[٢].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلةٍ من الكتاب، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من الكتاب:

قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿۞ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ..﴾[٣] الآية.

وجه الاستدلال:

قال الجصّاص: «قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ يقتضي جوازه إذا قبضه إذ ليس فيه فصل بين قبض المرتهن والعدل، وعمومه يقتضي جواز قبض كل واحد منهما»[٤].

ثانياً: من المعقول:

١. أن يدل العدل يد المالك في الحفظ، لكون العين أمانة في يده، وفي حق المال يد المرتهن؛ لأن يده يد ضمان، والمضمون هو المالية،

---

(١) تبيين الحقائق (٦/ ٨٠)، البحر الرائق (٨/ ٢٥٥)، مجمع الأنهر (٢/ ٦٠٠).
(٢) المحلى (٨/ ٨٨).
(٣) سورة البقرة الآية (٢٨٣).
(٤) أحكام القرآن للجصاص (١/ ٥٢٥).

فنزل منزلة شخصين ليتحقق ما قصداه؛ لأن كلاً منهما آمره فصارت يده كيده، ولهذا لا يكون لأحدهما أخذه من على الخصوص، ولو كانت كذلك كان له أن يسترده منه، ويجوز أن تجعل اليد الواحدة في حكم يدين ألا ترى أن الساعي يده جعلت كيد الفقير ويد صاحب المال حتى إذا هلكت الزكاة في يده أجزأته، ولو قدّم الزكاة قبل الحول فانتقص المال وتم الحول على الناقص يتم النصاب بما في يد الساعي كأنه في يد المالك، فتجب عليه الزكاة، ولا يملك استرداده، ولو لم يجعل كأنه في يد المالك لم يتم به النصاب، ولو لم تجعل يده كيد الفقير لملك استرداده[1].

٢. أن قبض العدل برضا المرتهن قبض المرتهن معنى، فيصح[2].

٣. أن قبض الرهن في عقد، فجاز فيه التوكيل كسائر القبوض[3].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من الكتاب، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من الكتاب:

ما استدل به أصحاب القول الأول من قول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ..﴾[4] الآية.

---

(١) تبيين الحقائق (٦ / ٨٠)، البحر الرائق (٨/ ٢٥٥)، الهداية (٤/ ١٤١)، الاختيار (٢/ ٧٠).

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ١٣٧).

(٣) المغني (٦/ ٣٨٧)، المبدع (٤/ ٢٣٠).

(٤) سورة البقرة الآية (٢٨٣).

وجه الاستدلال:

قال ابن حزم: «إنما ذكر الله تعالى القبض في الرهن مع ذكره المتداينين في السفر إلى أجل عند عدم الكاتب، وإنما أقبض رسول الله ﷺ الدرع الذي له الدين[(١)] فهو القبض الصحيح، وأما قبض غير صاحب الدين فلم يأت به نص ولا إجماع»[(٢)].

فمقتضى كلام ابن حزم هذا أن فعل الرسول ﷺ في إقباضه الدرع لمن له الدين مبيّن للقبض الوارد في الآية الكريمة، وأن المراد به قبض المرتهن دون غيره.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن فعل النبي ﷺ في إقباض الدرع ليس دليلاً على وجوب إقباض المرتهن وعدم جواز إقباض غيره، بل هو جار على

---

(١) يشير بذلك إلى ما جاء في حديث عائشة رضي الله عنها قال: توفي رسول الله ﷺ ودرعه مرهونة عند يهودي بثلاثين صاعاً من شعير.
رواه البخاري في كتاب الجهاد -باب: ما قيل في درع النبي ﷺ والقميص في الحرب (٣/ ٢٣١)، بهذا اللفظ، وفي كتاب المغازي -باب: حدثنا قبيصة.. (٥/ ١٤٥).
وابن ماجه في كتاب المرهونة -باب: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة (٢/ ٨١٥)، الحديث رقم ٢٤٣٦.
والنسائي في كتاب البيوع -باب: مبايعة أهل الكتاب (٧/ ٣٠٣)، الحديث رقم ٤٦٥٠.
ورواه من حديث ابن عباس رضي الله عنهما الترمذي في أبواب البيوع -باب: ما جاء في الرخصة في الشراء إلى أجل (٢/ ٣٤٤)، الحديث رقم ١٢٣٢، وقال: «حسن صحيح».
والنسائي في الكتاب والباب السابقين، حديث رقم ٤٦٥١.
والدارمي في كتاب البيوع -باب في الرهن (٢/ ١٧٥)، الحديث رقم ٢٥٨٥.
وأحمد (١/ ٢٣٦، ٣٠٠، ٣٠١، ٣٦١).
(٢) المحلى (٨/ ٨٨).

الأصل وهو أن الرهن يكون مقبوضاً عند المرتهن، ويجوز أن يوضع عنده غيره بدليل ما يلي:

١.عموم الأدلة الدالة على جواز الإنابة في الحقوق.

٢.عموم حديث أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم..»[1] الحديث، واتفاق الراهن والمرتهن على وضعه في يد عدل اشتراط فيما بينهم، فيصح.

ثانياً: من المعقول:

أن يد العدل يد المالك، ولهذا يرجع إليه إذا استحق الرهن بعد الهلاك وبعد ما ضمن العدل قيمته بما ضمن للمستحق، فانعدم القبض[2].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه جمهور الحنفية كما ذكر الزيلعي، وابن نجيم وغيرها بما تقدم في الدليل الأول من الأدلة العقلية لأصحاب القول الأول من أن يد العدل يد المالك في الحفظ، أما في المالية فيد المرتهن؛ لأن يده يد ضمان، والمضمون هو المالية.

وإنما يرجع العدل على المالك بما ضمن للمستحق؛ لأن هذا الضمان ضمان الغصب، وذلك يتحقق بالنقل والتحويل، ووجد ذلك من

---

(١) سبق تخريجه، ص٢٧٥.

(٢) الهداية (٤/ ١٤١)، تبيين الحقائق (٦/ ٨٠)، البحر الرائق (٨/ ٢٥٥)، مجمع الأنهر (٢/ ٦٠٠).

الراهن ولم يوجد من المرتهن فلا يجب عليه[١].

واستدل لهم ابن قدامة، وابن مفلح بما يلي:

أن القبض من تمام العقد، فتعلق بأحد المتعاقدين، كالإيجاب والقبول[٢].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة، وابن مفلح من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أنه قياس مع الفارق؛ لأن الإيجاب إذا كان لشخص كان القبول منه؛ لأنه يخاطب به.

الوجه الثاني: أن وضع الرهن في يد عدل توكيل، ولو وكّل إنسان في الإيجاب والقبول قبل أن يوجب له صح، فكذلك إقباض الرهن للعدل بوضعه في يده.

الوجه الثالث: أن ما ذكروه ينتقض بالقبض فيما يعتبر القبض فيه[٣].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأنه يصح للراهن والمرتهن وضع الرهن في يد عدل؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في الأخذ بذلك من تحقيق ما تهدف إليه

---

(١) تبيين الحقائق (٦/ ٨٠)، البحر الرائق (٨/ ٢٥٥).

(٢) المغني (٤/ ٣٨٧)، المبدع (٤/ ٢٣٠).

(٣) انظر هذه الأوجه الثلاثة في المرجعين السابقين.

الشريعة الإسلامية من التيسير على الناس ودفع حاجاتهم؛ لأن الراهن قد لا يأتمن المرتهن على عين ماله، وعند ذلك يكون طريق طمأنينة القلب لكل واحد منهما الوضع في يد عدل، فيتحقق دفع حاجة الراهن بالحصول على المال الذي هو بحاجة إليه، ويندفع الضرر عن المرتهن في ضياع ماله بالاستيثاق الحاصل بالرهن.

المطلب الأول: بيع العدل الرهن للوفاء

وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: ملكية العدل لبيع الرهن.

المسألة الثانية: بيع العدل للرهن نسيئة.

المسألة الثالثة: بيع العدل للرهن بغير نقد البلد.

المسألة الرابعة: بيع العدل بدون ثمن المثل.

المسألة الأولى: ملكية العدل لبيع الرهن

بعد أن تبين في التمهيد رجحان القول بأن يصح للراهن والمرتهن وضع الرهن في يد عدل هل يملك بيع الرهن عند عدم قدرة الراهن على الوفاء بدون إذن الراهن، أو لا بدّ من أخذ إذنه في ذلك؟

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن العدل لا يملك بيع الرهن للوفاء إلا بإذن الراهن سواء كان هذا الإذن عند العقد، أم بعده.

فقد قال بذلك الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4].

وقد تقدم كلام ا بن قدامة في عدم علمه بالخلاف في صحة بيع العدل للرهن عند حلول الحق إذا أذن له بذلك.

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

١. أن الراهن إذا أذن للعدل في بيع الرهن صار وكيلاً في بيعه، فيملك البيع[5].

٢. أن ما صحّ توكيل غير العدل فيه صحّ توكيله فيه، كبيع عين أخرى[6].

المسألة الثانية: بيع العدل للرهن نسيئة

إذا أذن الراهن للعدل ببيع الرهن للوفاء، فهل يملك العدل البيع نسيئة، أو لا يملك ذلك؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ١٤٨- ١٤٩)، الهداية (٤/ ١٢٩، ١٤٢)، مجمع الضمانات، ص١١٣، الفتاوى الهندية (٥/ ٤٤١)، الفتاوى البزازية (٦/ ٥٧).

(٢) المدونة (٥/ ٣٠٤)، ا لكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٢٢)، التفريع (٢/ ٢٦٥)، جواهر الإكليل (٢/ ٨٣).

(٣) الوجيز (١/ ١٦٥)، روضة الطالبين (٤/ ٩٠)، مغني المحتاج (٢/ ١٣٥).

(٤) المغني (٤/ ٣٩٠)، المبدع (٤/ ٢٢٩)، الإنصاف (٥/ ١٦٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٣٩).

(٥) بدائع الصنائع (٦/ ١٤٩).

(٦) الكافي لابن قدامة (٢/ ١٥٧).

القول الأول: أن العدل لا يملك الرهن نسيئة.

وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية[١]، وهو الظاهر من قول المالكية، حيث قالوا بعدم ملكية الوكيل للبيع نسيئة عند الإطلاق كما سبق. والعدل هنا وكيل في البيع.

وبه قال أكثر الشافعية[٢]، وهو الرواية المشهورة عن الإمام أحمد، وبها أخذ أصحابه[٣].

القول الثاني: أن العدل يملك بيع الرهن نسيئة.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة[٤]، وبعض الشافعية، لكن قال عنه النووي: «..وقيل: يصح بالمؤجل، وهو غلط»[٥].

وهو رواية عن الإمام أحمد[٦].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن أمر العدل ببيع الرهن عند حلول الأجل لكي يوفي حق المرتهن من الثمن، وذلك لا يحصل إلا بالبيع نقداً[٧].

(١) المبسوط (٢١/ ٨٤)، بدائع الصنائع (٦/ ١٤٩)، الفتاوى الهندية (٥/ ٤٤٣).

(٢) روضة الطالبين (٤/ ٩١)، مغني المحتاج (٢/ ١٣٥)، أسنى المطالب (٢/ ١٦٨).

(٣) المغني (٤/ ٣٩٣)، الإنصاف (٥/ ١٦٤)، كشاف القناع (٣/ ٣٤٦).

(٤) بدائع الصنائع (٦/ ١٤٩)، الفتاوى الهندية (٥/ ٤٤٣).

(٥) روضة الطالبين (٤/ ٩١).

(٦) الإنصاف (٥/ ١٦٤).

(٧) المبسوط (٢١/ ٨٤).

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن أمر الراهن للعدل بالبيع مطلق، فيجري على إطلاقه، فيملك البيع بالنقد والنسيئة[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الإطلاق يتقيد بالمتعارف؛ لأنه مقصود للراهن عند الأمر بالبيع، والمتعارف هو البيع نقداً، فيحمل أمر العدل بالبيع عليه.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن العدل لا يملك البيع نسيئة؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن المقصود ببيع العدل للرهن هو تحصيل الثمن لوفاء المرتهن في الحال، وذلك لا يتحقق بالبيع نسيئة؛ لأنه يترتب عليه التأخر في الحصول على الثمن، فيفوت المقصود.

المسألة الثالثة: بيع العدل للرهن بغير نقد البلد

إذا أذن للعدل ببيع الرهن، فما هو النقد الذي يملك البيع به، هل هو نقد البلد فقط، أو له أن يبيع بنقد البلد وغيره؟

لا يخلو الأمر من إحدى حالتين: إما أن يعيّن للعدل نقد معين، أو لا يعيّن.

فإن عيّن له نقد وجب عليه البيع به، ولا يملك البيع بما سواه سواء

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ١٤٩).

أكان نقد البلد أم نقد غيره؛ لأنه وكيل في البيع، والوكيل يتقيد بما يقيده به موكله[١].

أما إذا لم يعين له نقد معين بل أمره بالبيع مطلقاً فاختلف الفقهاء فيما يملك البيع به، وذلك على خمسة أقوال:

القول الأول: يلزم العدل البيع بنقد البلد إن لم يكن فيه إلا نقد واحد، فإن كان فيه أكثر من نقد فإما أن يغلب أحدهما أو تتساوى فإن كان أحدهما أغلب لزمه البيع به، وإن تساوت باع بجنس الدين، فإن لم يكن فيه جنس الدين فبما يراه أصلح، فإن تردد عيّنه الحاكم.

وهذا هو الصحيح من مذهب الحنابلة[٢].

القول الثاني: يلزم العدل البيع بنقد البلد إن لم يكن فيه إلا نقد واحد، فإن كان فيه أكثر من نقد فإما أن يغلب أحدها أو تتساوى، فإن كان أحدها أغلب لزمه البيع به، وإن تساوت باع بما يراه أصلح.

وبهذا قال بعض الحنابلة[٣]، وصوّبه المرداوي[٤].

القول الثالث: يلزم العدل البيع بنقد البلد إن لم يكن فيه إلا نقد واحد، فإن تعددت فبما هو أنفع للراهن، فإن تساوت فبما هو من

---

(١) المغني (٤/ ٣٩٢)، الإنصاف (٥/ ١٦٣)، كشاف القناع (٣/ ٣٤٦).

(٢) المغني (٤/ ٣٩٢)، المحرر (١/ ٣٣٧)، الفروع (٤/ ٢٢٦)، المبدع (٤/ ٢٣٢)، الإنصاف (٥/ ١٦٣- ١٦٤)، التوضيح، ص١٧٤.

(٣) الفروع (٤/ ٢٢٦)، المبدع (٤/ ٢٣٢)، الإنصاف (٥/ ١٦٣- ١٦٤).

(٤) الإنصاف (٥/ ١٦٤).

جنس الدين، فإن لم يكن أحدها من جنسه فبما شاء.

وبهذا قال الشافعية[١].

القول الرابع: أن العدل يملك البيع بما شاء من نقد إذا كان من جنس الدراهم والدنانير.

وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية[٢].

القول الخامس: أن العدل يملك البيع بأي ثمن كان، ومن أي جنس كان.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة[٣].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على لزوم البيع بنقد البلد إذا لم يكن فيه إلا نقد واحد بما يلي:

أن الحظ في هذه الحالة في البيع بنقد البلد، للرواج فيه، فيلزم العدل البيع به[٤].

ثانياً: واستدلوا على لزوم البيع بالأغلب إذا كان في البلد أكثر من نقد بما يلي:

---

(١) المهذب (١/ ٣٢٦)، روضة الطالبين (٤/ ٩١)، مغني المحتاج (٢/ ١٣٥- ١٣٦)، أسنى المطالب (٢/ ١٦٨).

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ١٤٩)، الفتاوى الهندية (٥/ ٤٤٣).

(٣) المرجعان السابقان.

(٤) المبدع (٤/ ٢٣٢)، مطالب أولي النهى (٣/ ٢٧٦)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٣٩).

أن الحظ في هذه الحالة في البيع بالأغلب؛ لأنه أكثر رواجاً من غيره، فيلزم العدل البيع به[١].

ثالثاً: واستدلوا على لزوم البيع بجنس الدين إذا تعددت النقود وتساوت بما يلي:

أن البيع بجنس الدين من النقود إذا تعددت أقرب إلى وفاء الحق، فيلزم العدل البيع به[٢].

رابعاً: واستدلوا على لزوم البيع بما يراه العدل أصلح إذا تعددت النقود وتساوت ولم يكن فيها جنس الدين بما يلي:

١. أن الغرض في البيع في هذه الحالة هو تحصيل الحظ، فيلزم العدل البيع بما يراه كذلك[٣].

٢. أنه يجب على العدل الاحتياط فيما هو متوليه، قياساً على الحاكم[٤].

خامساً: واستدلوا على تعيين الحاكم للنقد إذا تعددت النقود، وتساوت، ولم يكن فيها جنس الدين، وتردد العدل في الأصلح منها بما يلي:

أن الحاكم أعرف بالأحظ، وأبعد عن التهمة، فيرجع إليه في تعيين النقد في هذه الحالة[٥].

---

(١) شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٣٩).

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المبدع (٤/ ٢٣٢).

(٥) المبدع (٤/ ٢٣٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٣٩).

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

استدلوا على لزوم البيع بنقد البلد إذا لم يكن فيه إلا نقد واحد، ولزوم البيع بالأغلب إذا كان في البلد أكثر من نقد وكان أحدها أغلب بما استدل به أصحاب القول الأول على ذلك.

واستدلوا على لزوم البيع بالأصلح إذا تعددت النقود وتساوت في الرواج بما استدل به أصحاب القول الأول على لزوم البيع بالأصلح إذا تعددت النقود، وتساوت في الرواج، ولم يكن فيها جنس الدين.

ولكن القول هنا بأن الأصلح في حالة التساوي هو البيع بما كان من جنس الدين إذا كان فيها ما هو من جنسه؛ لأن المقصود من بيع الرهن في هذه الحالة إيصال الحق إلى المرتهن في أقرب وقت ممكن، ولا شك أن البيع بما هو من جنس الدين أقرب وأسرع إلى ذلك. فيكون البيع أصلح، فيلزم.

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على لزوم البيع بنقد البلد إذا لم يكن فيه إلا نقد واحد بما استدل به أصحاب القول الأول على ذلك.

ثانياً: استدلوا على لزوم البيع بما هو أنفع للراهن إذا تعددت النقود بما يلي:

أن البيع بما هو أنفع للراهن من النقود ينفعه ولا يضر المرتهن، فيلزم العدل به[1].

(١) المهذب (١/ ٣٢٦).

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن البيع بغير الأغلب لا يترتب عليه ضرر بالمرتهن، بل يترتب عليه ضرر به لقلة التعامل وقلة رواجه، ولا يصح نفع الراهن بما يؤدي إلى ضرر المرتهن.

ثالثاً: واستدلوا على البيع بجنس الدين إذا تساوت النقود في النفع بما يلي:

أن البيع بجنس الدين أقرب إلى المقصود، وهو قضاء الدين، فيلزم العدل البيع به[1].

رابعاً: واستدلوا على أن للعدل البيع بما شاء من النقود إذا تعددت، وتساوت في النفع، ولم يكن واحد منها من جنس الدين بما يلي:

أنه لا مزية لأحد النقود على الآخر في هذه الحالة، فيصح له البيع بما شاء[2].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن الفرق بين النقود أمر قد يخفى على العدل، فيكون محل تهمة بالميل إلى الراهن أو المرتهن، فيلزمه أن يرفع الأمر في التعيين إلى الحاكم حتى يخرج من التهمة.

دليل القول الرابع:

يمكن الاستدلال لصاحبا هذا القول بما يلي:

---

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق.

إن الإذن للعدل بالبيع مطلق، والدراهم والدنانير هي الأثمان التي تباع بها الأشياء، فيملك العدل البيع بها من أي نوع كانت.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه وإن كان الأمر بالبيع مطلق إلا أن المطلق يتقيد بالمعروف؛ لأن التقييد به مقصود عند الإطلاق، والمعروف هنا نقد البلد، فيتقيد الأمر للعدل بالبيع به.

دليل القول الخامس:

استدل لصاحب هذا القول بما يلي:

أن الإذن للعدل بالبيع مطلق، فيجري على إطلاقه، فيصح بيعه بأي ثمن كان، ومن أي جنس كان[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بما تقدم في مناقشة دليل القول السابق.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأنه يلزم العدل البيع بنقد البلد إن لم يكن فيه إلا نقد واحد، فإن كان فيه أكثر من نقد فإما أن يغلب أحدها أو تتساوى، فإن كان أحدها أغلب لزم البيع به، وإن تساوت باع بجنس الدين، فإن لم يكن فيه جنسه فبما يراه أصلح، فإن تردد عيّنه الحاكم؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من الجمع بين مصلحتي الراهن والمرتهن.

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ١٤٩).

المسألة الرابعة: بيع العدل للرهن بأقل من ثمن المثل

لما كان العدل وكيلاً في بيع الرهن لزمه أن يتقيد بما يقيده به موكله ومن ذلك مقدار الثمن الذي يبيع به، فيلزمه البيع بما قدّر له، ولا يملك البيع بأقل منه[1]، فإن لم يقدّر له ثمناً بل أمر بالبيع مطلقاً، فهل يلزمه البيع بثمن المثل ولا يملك البيع بأقل منه، أو يملك البيع بأي ثمن كان؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن العدل لا يملك بيع الرهن بأقل من ثمن المثل إلا إذا كان النقص يسيراً بحيث يتغابن فيه في العادة.

وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية[2]، وهو الظاهر من قول المالكية حيث قالوا بعدم ملكية الوكيل لذلك كما سبق، والعدل هنا وكيل في البيع.

وبه قال الشافعية[3]، والحنابلة[4].

القول الثاني: أن العدل يملك بيع الرهن بأي ثمنٍ كان.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة[5].

---

(١) المغني (٤/ ٣٩٣).

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ١٤٩)، الفتاوى الهندية (٥/ ٤٤٣).

(٣) الأم (٣/ ١٧٣)، الوجيز (١/ ١٦٥)، روضة الطالبين (٤/ ٩١)، مغني المحتاج (٢/ ١٣٥)، أسنى المطالب (٢/ ١٦٨).

(٤) المغني (٤/ ٣٩٣).

(٥) بدائع الصنائع (٦/ ١٤٩)، الفتاوى الهندية (٥/ ٤٤٣).

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن العدل لا يملك البيع بأقل من ثمن المثل إلا ما كان يسيراً بحيث يتغابن فيه في العادة قياساً على الوكيل في البيع[1].

دليل القول الثاني:

استُدل لصاحب هذا القول بما يلي:

أن الإذن للعدل ببيع الرهن مطلق، فيجري على إطلاقه، فيملك البيع بأي ثمن كان، وإن كان أقل من ثمن المثل[2].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن المطلق يتقيد بالمتعارف عليه؛ لأن التقييد بالعرف مقصود عند الإطلاق، وإن لم يُذكر نصاً، وهو هنا ثمن المثل، فيلزم العدل التقيد به، فلا يملك البيع بأقل منه.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن العدل لا يملك بيع الرهن بأقل من ثمن المثل إلا إذا كان النقص يسيراً بحيث يتغابن فيه في العادة؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من مراعاة لمصلحة الراهن بلا ضرر بالمرتهن.

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ١٣٥).

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ١٤٩).

المطلب الثاني: رهن العدل للرهن

إذا وضع إنسان عيناً مرهونة ليحفظها بصفته عدل، ثم احتاج إلى إرهان إما لقرض أو غيره، فله يملك رهن هذه العين، أو لا يملك ذلك؟

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على أن العدل لا يملك رهن العين المرهونة التي وضعت عنده لحفظها.

فقد قال بذلك الحنفية[١].

وهو الظاهر من قول المالكية، والشافعية، والحنابلة حيث إن القاعدة عندهم أن ما صح بيعه صح رهنه، وما لا يصح بيعه لا يصح رهنه[٢]، ومعلوم أنه لا يصح للعدل بيع الرهن إلا إذا أذن له في ذلك؛ لأنه ليس ملكاً له، وإنما هو باقٍ في ملكية الراهن.

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

١. أن الثابت للعدل بوضع الرهن في يده هو حق الإمساك، لا التصرف بالرهن ونحوه[٣].

٢. أن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن إن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن، وهذا لا يتحقق إلا فيما

---

(١) النتف في الفتاوى (٢/ ٦٠٥)، بدائع الصنائع (٦/ ١٤٩)، فتاوى قاضيخان (٣/ ٦٠٦).

(٢) الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨١٢)، القوانين الفقهية ص٣٢٨، المهذب (١/ ٣١٥)، الوجيز (١/ ١٥٩)، المغني (٤/ ٣٧٥)، الإقناع (٢/ ١٥٠).

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ١٤٩).

يجوز بيعه، والرهن ليس كذلك بالنسبة للعدل، فلا يملك رهنه[1].

كما يمكن الاستدلال لهم بما يلي:

أن الرهن إنما وضعه الراهن والمرتهن في يد العدل ليحفظه عنده، وفي رهنه نقل له من يده إلى يد غيره؛ لأن الرهن لا يصح إلا بالقبض والراهن والمرتهن لم يرضيا بيد غير العدل، فلا يصح.

المطلب الثالث: إجارة العدل للرهن

إذا وضع إنسان عيناً مرهونة ليحفظها عنده بصفته عدل، وكانت هذه العين مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كدار، أو سيارة، أو دابة، أو غير ذلك فهل يملك إجارتها لمن ينتفع بها، أو لا يملك ذلك؟

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على أن العدل لا يملك إجارة العين المرهونة.

فقد قال بذلك الحنفية[2].

وهو الظاهر من قول المالكية، حيث اشترطوا لصحة الإجارة أن يكون مالكاً للمنفعة أو وكيلاً فيها[3]، والعدل ليس كذلك.

والظاهر من قول الشافعية، حيث اشترطوا لصحة الإجارة كون

---

(١) المهذب (١/ ٣١٥)، المغني (٤/ ٣٧٥).

(٢) النتف في الفتاوى (٢/ ٦٠٥)، بدائع الصنائع (٦/ ١٤٩)، فتاوى قاضيخان (٣/ ٦٠٦)، الدار المنتقى (٢/ ٣٤٨).

(٣) القوانين الفقهية ص٢٥٠- ٢٧٩.

المؤجر قادراً على تسليم العين المؤجرة حساً وشرعاً[1]، والعدل ليس قادراً على تسليم العين المرهونة شرعاً.

والظاهر من قول الحنابلة، حيث اشترطوا لصحة الإجارة أن تكون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذوناً له فيها[2]، والعدل ليس كذلك.

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

أن الثابت للعدل بوضع الرهن في يده هو حق الإمساك، لا الانتفاع والتصرف فيه بالإجارة ونحوها، فلا تصح[3].

كما أن الظاهر من خلال سياق أقوالهم السابقة الاستدلال بما يلي:

١. أنه يشترط في الإجارة كون المؤجر قادراً على تسليم العين للمستأجر حساً، وشرعاً، والعدل لا يملك تسليم العين المرهونة شرعاً؛ لأنها إنما وضعت في يده توثقه لدين المرتهن لأجل بيعها عند عدم وفاء الراهن والتسديد من ثمنها، فلا يملك الإجارة.

٢. أنه يشترط في الإجارة أن تكون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذوناً له فيها، والعدل ليس مالكاً ولا مأذوناً له؛ لأن العين وضعت في يده بقصد الحبس لاستيفاء الدين منها عند تعذر الوفاء، فلا يملك الإجارة.

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ١٣٨).

(٢) المبدع (٥/ ٨٠)، غاية المنتهى (٢/ ١٩٦)، كشاف القناع (٤/ ١٥).

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ١٤٩).

المطلب الرابع: إعارة العدل للرهن

إذا وضع عند إنسان عيناً مرهونة ليحفظها بصفته عدل، وكانت مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كسيارة، أو دابة أو غير ذلك، فهل يملك إعارتها لمن ينتفع بها، أو لا يملك ذلك؟

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على عدم ملكية العدل لإعارة العين المرهونة.

فقد قال بذلك الحنفية[١].

وهو الظاهر من قول المالكية، حيث اشترطوا لصحة الإعارة أن يكون المعير مالكاً للمنفعة[٢]، والعدل ليس مالكاً لذلك.

وبه قال الإمام الشافعي حيث قال: «وإذا أعار الموضوع على يديه الرهن فهلك فهو ضامن لأنه متعد..»[٣].

وهو الظاهر من قول أصحابه، حيث اشترطوا لصحة الإعارة أن يكون المعير مالكاً للمنفعة[٤]، والعدل ليس كذلك.

وهو الظاهر من قول الحنابلة، حيث اشترطوا لصحة الإعارة أن يكون المعير أهلاً للتبرع شرعاً[٥]، والعدل ليس أهلاً للتبرع بالرهن ولا بمنفعته شرعاً.

---

(١) النتف في الفتاوى (٢/ ٦٠٥)، بدائع الصنائع (٦/ ١٤٩)، فتاوى قاضيخان (٣/ ٦٠٦).

(٢) بداية المجتهد (٢/ ٣١٣)، القوانين الفقهية، ص٣٧٨.

(٣) الأم (٣/ ١٧).

(٤) روضة الطالبين (٤/ ٣٢٦)، مغني المحتاج (٢/ ٢٦٤).

(٥) المبدع (٥/ ١٣٧)، غاية المنتهى (٢/ ٢٢٣)، الروض الندي ص٢٧٥، كشاف القناع (٤/ ٦٣).

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

أن الثابت للعدل بوضع الرهن في يده هو حق الإمساك، لا الانتفاع والتصرف فيه بالإعارة ونحوها، فلا يصح[1].

كما أن الظاهر من خلال سياق أقوالهم السابقة الاستدلال بما يلي:

أن مما يشترط لصحة الإعارة أن يكون المعير مالكاً لمنفعة العين التي يريد إعارتها؛ لأن الإعارة إباحة للانتفاع، ولا يملك ذلك إلا من ملكه، والعدل ليس بمالك لمنفعة العين المرهونة؛ لأنها موضوعة عنده ليحفظها.

المطلب الخامس: إيصاء العدل إلى غيره بحفظ الرهن

إذا كان عند إنسان رهن قد وضع في يده لحفظه بصفته عدلاً فأراد أن يوصي به إلى غيره ليحفظ من بعده فهل يملك ذلك ويصح، أو لا يملكه فلا يصح؟

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة على أن العدل لا يملك الإيصاء إلى غيره لحفظ الرهن بعد موته، ولا يصح ذلك إذا فعله، بل يرجع ذلك إلى المتراهنين للتصرف حسبما يرياه.

فقد قال بذلك الحنفية[2]، والمالكية[3].

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ١٤٩).

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ١٥١).

(٣) الشرح الكبير للدردير (٣/ ٢٥١)، جواهر الإكليل (٢/ ٨٤).

وبه قال الإمام الشافعي[١]، وهو الظاهر من قول أصحابه، ومن قول الحنابلة حيث إن الرهن أمانة في يد العدل، وفي الإيصاء بحفظه إلى غيره يحصل وضع للأمانة في يد غير صاحبها، وهم يقولون بعدم ملكية المودع للإيداع من غير عذر[٢]، فلا يصح.

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

١. أن الحق في ذلك للمتراهنين، وهما لم يرضيا إلا بأمانته لا أمانة غيره، فلا يصح الإيصاء[٣].

٢. أن وضع الرهن في يد العدل وكالة، والوكالة لا تورث[٤].

المطلب السادس: سفر العدل بالرهن

إذا وضع عند إنسان عين مرهونة بصفته عدلاً، فأراد السفر لغرضٍ ما، فهل يملك السفر بالعين المرهونة معه، أو لا يملك ذلك؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن العدل لا يملك السفر بالرهن إلا إذا أذن له.

وبهذا قال محمّد بن الحسن من الحنفية[٥].

---

(١) الأم (٣/ ١٧٢).

(٢) روضة الطالبين (٦/ ٣٢٧)، مغني المحتاج (٣/ ٨١)، المغني (٧/ ٢٨٢)، المذهب الأحمد، ص١١٦.

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ١٥١)، الشرح الكبير للدردير (٣/ ٢٥١)، جواهر الإكليل (٢/ ٨٤)، الأم (٣/ ١٧٢).

(٤) بدائع الصنائع (٦/ ١٥١).

(٥) الفتاوى الهندية (٥/ ٤٤٤- ٤٤٥).

وهذا هو الظاهر من قول المالكية، حيث قالوا بذلك في المودَع[١]، والعدل وكيل في الحفظ فهو شبيه بالمودَع.

وهو الظاهر من قول الشافعية، حيث قالوا بذلك في المودَع[٢]، والعدل وكيل في الحفظ فهو شبيه بالمودَع.

وبه قال الحنابلة[٣].

القول الثاني: أن العدل لا يملك السفر بالرهن إذا كان الطريق مخوفاً، ويملكه إذا كان آمناً.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة[٤].

القول الثالث: أن العدل لا يملك السفر بالرهن إلا إذا كان الطريق آمناً، وكان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة.

وبهذا قال أبو يوسف من الحنفية[٥].

الأدلة:

دليل القول الأول:

يمكن الاستدلال لأصحاب هذا القول بما يلي:

القياس على المودَع، وذلك أن العدل وكيل في حفظ الرهن فلا يملك

---

(١) الإشراف (٢/ ٤١)، بداية المجتهد (٢/ ٣١١)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٢١).

(٢) حلية العلماء (٥/ ١٧١- ١٧٢)، روضة الطالبين (٦/ ٣٢٨)، مغني المحتاج (٣/ ٨٢).

(٣) المغني (٤/ ٣٨٩)، المبدع (٤/ ٢٣٢)، كشاف القناع (٣/ ٣٤٥)، فقالوا: عليه أن يرفعه إلى الحاكم ليقبضه أو ينصب عدلاً يقبضه، واشترطوا أن يكون السفر مسافة قصر فأكثر.

(٤) المبسوط (٢١/ ٧٩)، الفتاوى الهندية (٥/ ٤٤٤).

(٥) الفتاوى الهندية (٥/ ٤٤٤).

السفر به بغير إذن صاحبه، كالمودَع، بجامع أن كلاً منهما مؤتمن على حفظ ما في يده.

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بملكية العدل للسفر بالرهن إذا كان الطريق آمناً بما يلي:

أن العدل أمين على الرهن فيملك السفر به مع أمن الطريق، ولا يضمنه بذلك، قياساً على المودَع[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بملكية المودَع للسفر بالوديعة، بل الراجح أنه لا يملك ذلك إلا بإذن صاحبها كما سيأتي -إن شاء الله-.

دليل القول الثالث:

الظاهر أن صاحب هذا القول يستدل بالقياس على المودَع؛ لأنه يقول بذلك في السفر بالوديعة.

وعلى هذا يمكن مناقشته كما سبق في مناقشته دليل القول السابق.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن العدل لا يملك السفر بالرهن إلا إذا أذن له؛ لما استدللت به لهم، ولما في ذلك من الحفاظ على الرهن من التلف أو الضياع.

---

(١) المبسوط (٢١/ ٧٩).

المطلب السابع: انفراد أحد العدول بالحفظ إذا تعددوا

قد يضع الراهن والمرتهن الرهن عند أكثر من شخص لغرض من الأغراض إما لكثرته وتعدده، أو بقصد تأكيد الحفاظ عليه أو غير ذلك، وإذا حصل ذلك فهل يملك أحدهم الانفراد بحفظه، أو لا يملكه؟

إذا نصّ الراهن والمرتهن على الاجتماع أو الانفراد وجب الاجتماع وصح الانفراد اتّباعاً للشرط[١].

أما عند الإطلاق، فاختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن أحد العدول لا يملك الانفراد بالحفظ مطلقاً.

وهذا هو الوجه الصحيح عند الشافعية[٢]، وبه قال الحنابلة[٣].

القول الثاني: أن أحد العدول لا يملك الانفراد بالحفظ إن كان الرهن مما يقسم كأن يكون عدد من السيارة، أو الحيوانات، أو غير ذلك، ويملكه إن كان الرهن مما لا يقسم كأن يكون سيارة واحدة، أو حيواناً واحداً.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة[٤].

---

(١) مغني المحتاج (٢/ ١٣٤)، حاشية الجمل (٣/ ٢٨٧).

(٢) حلية العلماء (٤/ ٤٢٩)، المهذب (١/ ٣١٧)، مغني المحتاج (٢/ ١٣٤)، أسنى المطالب (٢/ ١٦٥).
وهذا عند الشافعية إذا لم يحصل تشاح على الحفظ، فإن حصل تشاح فإن كان مما ينقسم جاز أن يقتسموه، وإن كان مما لا ينقسم ففيه وجهان: أحدهما: يجوز، والثاني: لا يجوز.

(٣) المغني (٤/ ٣٨٧- ٣٨٨)، غاية المنتهى (٢/ ٩٣)، كشاف القناع (٣/ ٣٤٤).

(٤) المبسوط (٢١/ ٧٩)، البحر الرائق (٨/ ٢٥٦)، الفتاوى الهندية (٥/ ٤٤٤).

القول الثالث: أن أحد العدول يملك الانفراد بالحفظ مطلقاً.

وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية[١]، وهو وجه عند الشافعية[٢].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن المتراهنين لم يرضيا إلا بحفظ العدلين أو العدول، فلم يجز لأحدهما أو أحدهم الانفراد بذلك، كالأوصياء لا يملك أحدهم الانفراد بالتصرف[٣].

أدلة القول الثاني:

استُدِلَّ لصاحب القول الثاني بما يلي:

أولاً: يمكن الاستدلال له على عدم ملكية الانفراد فيما يقسم بما يلي:

أن ما يمكن قسمه لا يشق على العدول الاجتماع على حفظه، وذلك بتقسيمه ووضع كل قسم منه في يد واحد منهم، فلا يصح الانفراد.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه بهذه الصورة لا يحصل الاجتماع على الحفظ، بل هو في الحقيقة انفراد به؛ لأن كل واحد قد انفرد بحفظ القسم الذي في

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) حلية العلماء (٤/ ٤٢٩- ٤٣٠)، المهذب (١/ ٣١٧)، مغني المحتاج (٢/ ١٣٤).

(٣) المهذب (١/ ٣١٧)، مغني المحتاج (٢/ ١٣٤)، أسنى المطالب (٢/ ١٦٥)، المغني (٤/ ٣٨٨)، كشاف القناع (٣/ ٣٤٤).

يده؛ لأن الآخرين لا يشاركونه في حفظه، فلا يصح؛ لعدم رضا المتراهنين بذلك.

ثانياً: واستدل له على ملكية الانفراد فيما لا يقسم بما يلي:

أن اجتماع العدول على حفظ جميع الرهن في الأوقات كلها وهو لا يقسم متعذر، فلم يبق إمكان الحفظ إلا بالتّهايؤ[1]، ومطلق الأمر بالحفظ ينصرف إلى حفظ يمكن بدلالة إحالة الأمر، وذلك بالتهايؤ، والثابت دلالة كالثابت نصاً، فجعل الدفع إلى أحد العدول بإذن المالك، فيصح[2].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن الاجتماع على حفظ جميع الرهن في الأوقات كلها متعذر، بل وليس بشاق كما ذكر ابن قدامة حيث قال: «وقولهم إن الاجتماع على الحفظ يشق ليس كذلك فإنه يمكن جعله في مخزن لكل واحد منهما عليه قفل»[3].

دليل القول الثالث:

أن في اجتماع العدلين أو العدول على حفظ الرهن مشقة، فيصح لأحدهما أو أحدهم الانفراد في حفظه[4].

---

(١) قال الفيومي: تَهَايأَ القومُ تَهَايُؤاً من الهَيْئةِ جعلوا لكل واحد هَيْئةً معلومة، والمراد النَّوبَةُ. (المصباح مادة «هيأ» (٢/ ٦٤٥)).

(٢) المبسوط (٢١/ ٧٩).

(٣) المغني (٤/ ٣٨٨).

(٤) المهذب (١/ ٣١٧)، مغني المحتاج (٢/ ١٣٤).

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة بما تقدم في مناقشة ما استدل به لصاحب القول السابق على ملكية الانفراد فيما لا يقسم.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بعدم ملكية أحد العدول للانفراد بحفظ الرهن مطلقاً؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن القصد من وضع العدل هو حفظ الرهن، فلما جعل المتراهنان عدداً من العدول دلّ ذلك على أن قصدهما بهذا الجمع جمع هؤلاء العدول على حفظ الرهن، فيكون الجمع على الحفظ مقصوداً، فلا يصح الانفراد.

المطلب الثامن: تلف الرهن تحت يد العدل، وضمانه

إذا تلف الرهن تحت يد العدل إما بسببٍ من جهته بالتصرف فيه، أو بسببٍ من جهة غيره، فهل يعد أمانة في يده فلا يضمنه إلا بتعد أو تفريط، أو يضمنه مطلقاً؟

الظاهر من كلام الفقهاء اختلافهم في ذلك على قولين:

القول الأول: أن يد العدل تعديد أمانة فلا يضمن الرهن إلا بتعد أو تفريط.

وهذا هو الظاهر من كلام المالكية حيث أطلقوا عليه اسم الأمين.

قال القاضي عبد الوهاب[١]: «..فدليلنا أن العدل أمين لهما جميعاً للراهن بحفظ الرهن وللمرتهن بحق التوثيق..»[٢].

وقال ابن جزي[٣]: «ويصح أن يقبض الرهن المرتهن أو أمين يتفقان عليه»[٤].

وبه قال الشافعية حيث جاء في الأم: «لا يضمن المرتهن ولا الموضوع على يديه الرهن من الرهن شيئاً إلا فيما يضمنان فيه الوديعة والأمانة من التعدي..»[٥].

وبه قال الحنابلة حيث قال ابن قدامة: «ولو أراد العدل رده عليهما فله ذلك وعليهما قبوله، وبهذا قال الشافعي لأنه أمين متطوع بالحفظ..»[٦].

القول الثاني: أن يدل العدل تعد يد ضمان، فيضمن مطلقاً.

---

(١) عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي، يكنى بأبي محمّد، أحد أئمة المالكية، ولد سنة ٣٦٢هـ، وتفقّه على ابن القصّار، وابن الجلاّب بمصر، له مؤلفات منها: الأدلة في مسائل الخلاف، والإشراف على مسائل الخلاف، وتوفي سنة ٤٢٢هـ.
(ترتيب المدارك (٢/ ٦٩١)، الديباج المذهب ص١٥٩- ١٦٠، طبقات الفقهاء للشيرازي ص١٦٨).

(٢) الإشراف (٢/ ٦).

(٣) هو محمّد بن أحمد بن محمّد بن عبد الله بن جزي الكلبي، الغرناطي، ولد سنة ٦٩٣هـ، وهو من ذوي الوجاهة والنباهة والعدالة، لازم ابن رشد وأبا المجد بن الأحوظ، له مؤلفات منها: القوانين الفقهية، والتسهيل لعلوم التنزيل، وتوفي سنة ٧٤١هـ.
(الديباج المذهب (ص٢٩٥- ٢٩٦)، الدرر الكامنة (٣/ ٤٤٦)).

(٤) القوانين الفقهية ص٣٢٩.

(٥) الأم (٣/ ١٧٠)، وانظر أيضاً ص١٧٣.

(٦) المغني (٤/ ٣٨٩).

وهذا هو الظاهر من كلام الحنفية حيث اعتبروا قبض العدل بمنزلة قبض المرتهن، وهذا قولهم بالنسبة للرهن تحت يد المرتهن كما سبق[١].

قال السغدي: «وإذا هلك على يدي العدل فكأنه هلك على يدي المرتهن في قول أبي حنيفة وأصحابه..»[٢].

الأدلة:

دليل القول الأول:

يمكن الاستدلال لأصحاب هذا القول بما يلي:

أن الرهن في يد العدل مال وضع في يد إنسان لحفظه مدة معينة دون تصرف فيه، فكان أمانة في يده قياساً على الوديعة.

أدلة القول الثاني:

الظاهر من كلام أصحاب هذا القول أنهم يستدلون بما سبق أن استدلوا به على أن يد المرتهن تعد يد ضمان، وقد سبقت مناقشتها هناك.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن يد العدل تعديد أمانة، فلا يضمن الرهن عند تلفه إلا بتعد أو تفريط؛ لما استدللت به لهم، ولأن القول بالضمان

---

(١) ص٩٧٢، وهذا كما تقدم هناك بالنسبة لمقدار الدين من الرهن، أما ما زاد عنه فهو أمانة.

(٢) النتف في الفتاوى (٢/ ٦١١).

مطلقاً يؤدي إلى التضييق على الناس في معاملاتهم بالامتناع من قبول حفظ الرهن عند رغبة الراهن والمرتهن في وضعه في يد عدل خوفاً من الضمان عند التلف.

الفصل الثاني

تصرفات الأمين في عقود الحفظ

(تصرفات المودَع في الوديعة)[1]

وفيه اثنا عشر مبحثاً:

المبحث الأول: اقتراض المودَع من الوديعة.

المبحث الثاني: رهن المودَع للوديعة.

المبحث الثالث: مضاربة المودَع للوديعة.

المبحث الرابع: إجارة المودَع للوديعة.

المبحث الخامس: إعارة المودَع للوديعة.

المبحث السادس: تبرع المودَع للوديعة.

المبحث السابع: تبرع المودَع بالوديعة.

المبحث الثامن: انتفاع المودَع بالوديعة بنفسه.

المبحث التاسع: سفر المودَع بالوديعة.

المبحث العاشر: حفظ المودَع الوديعة في غير حرزها.

المبحث الحادي عشر: خلط المودَع الوديعة بغيرها.

المبحث الثاني عشر: تلف الوديعة تحت يد المودَع، وضمانه.

---

(١) سبق تعريف الإيداع في اللغة والشرع، ص١١٩.

المبحث الأول

اقتراض المودَع من الوديعة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ملكية المودَع للاقتراض من الوديعة.

المطلب الثاني: مقدار الضمان إذا تلفت الوديعة بعد رد البدل عند الاقتراض.

المطلب الأول: ملكية المودَع للاقتراض من الوديعة

إذا كان عند إنسان وديعة، فاحتاج إلى الاقتراض، فهل يملك الاقتراض من هذه الوديعة على أن يرد بدل ما اقترضه، أو لا يملك ذلك؟

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على عدم ملكية المودَع للاقتراض من الوديعة إلا بإذن صاحبها، فإن فعل وجب عليه الضمان برد بدل عما اقترضه.

فقد قال بذلك الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

الدليل:

يمكن الاستدلال لهم بما يلي:

أن الوديعة باقية في ملكية المودع؛ لأن مهمة المودَع هي الحفظ فقط، فالاقتراض منها يعد تعدياً من المودَع وتصرفاً في مال غيره، فلا يصح إلا بإذن صاحبه وهو المودِع.

لكن هذا إذا لم يعلم أن صاحب الوديعة راضٍ بذلك، أما إذا علم أنه لا يمانع في ذلك وذلك من خلال معاملته له فلا بأس.

---

(١) الهداية (٣/ ٢١٦)، اللباب (٢/ ١٩٨).

(٢) المدونة (٦/ ١٤٧)، الشرح الكبير للدردير (٣/ ٤٢١- ٤٢٢)، بلغة السالك (٢/ ٢٠٠)، حيث قالوا: يحرم على المودَع الاقتراض من الوديعة إلا بإذن صاحبها، إلا إذا كانت من المثليات وكان المودَع مليئاً فيكره.

(٣) الوجيز (١/ ٢٨٥).

(٤) المغني (٧/ ٢٩٥)، المبدع (٥/ ٢٤١).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية حين سئل عن الاقتراض من الوديعة بدون إذن صاحبها: «وأما الاقتراض من مال المودِع فإن علم المودَع علماً اطمأن إليه قلبه أن صاحب المال راضٍ بذلك فلا بأس بذلك، وهذا إنما يعرف من رجل اختبرته خبرة تامة، وعلمت منزلتك عنده كما نقل مثل ذلك عن غير واحد، وكما كان النبي ﷺ يفعل في بيوت بعض أصحابه.. ومتى وقع في ذلك شك لم يجز الاقتراض»[1].

المطلب الثاني: مقدار الضمان إذا تلفت الوديعة بعد ردّ البدل عند الاقتراض

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: مقدار الضمان إذا كان البدل متميزاً.

المسألة الثانية: مقدار الضمان إذا كان البدل غير متميز.

المسألة الأولى: مقدار الضمان إذا كان البدل الذي رده المودَع متميزا

إذا تعدى المودَع عل الوديعة فاقترض منها بغير إذن صاحبها، ثم ردّ بدلاً عما أخذ، وكان هذا البدل متميزاً عما لم يقترضه منها، فلم يختلط به بحيث لا يعرف، ثم تلفت الوديعة جميعها، فهل يضمن الجميع، أو مقدار ما اقترضه فقط؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن المودَع إذا ردّ ما اقترضه، وكان متميزاً، فتلفت فإنه لا

---

(١) مجموع الفتاوى (٣٠/ ٣٩٤- ٣٩٥).

يضمن إلا مقدار ما اقترضه.

وبهذا قال المالكية[١]، والإمام أحمد في رواية عنه، وهو الصحيح من المذهب عند أصحابه[٢].

القول الثاني: أن المودَع إذا ردّ بدل ما اقترضه، وكان متميزاً، فتلفت فإنه يضمنها جميعها.

وبهذا قال الحنفية[٣]، وهو الظاهر من قول الشافعية[٤].

وهو رواية عن الإمام أحمد[٥].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الضمان تعلق بالأخذ، فالتعدي حصل في المأخوذ فقط، فلم يضمن المودَع غيره، بدليل أنه لو تلف في يده قبل رده لم يضمن غيره[٦].

---

(١) المدونة (٦/ ١٤٧)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (١/ ٤٢١- ٤٢٢)، بلغة السالك (٢/ ٢٠٠)، جواهر الإكليل (٢/ ١٤٠).

(٢) المغني (٧/ ٢٩٥)، المبدع (٥/ ٢٤١)، وقولهم في هذه المسألة والتي بعدها إذا لم تكون مختومة ولا مشدودة، فإن كانت كذلك ضمن الجميع؛ لأنه هتك حرزها، فيضمنها إذا تلفت كما لو أودعه إياها في صندوق مقفل ففتحه وتركه مفتوحاً.

(٣) الهداية (٣/ ٢١٦)، اللباب (٢/ ١٩٨).

(٤) الوجيز (١/ ٢٨٥).

(٥) المبدع (٥/ ٢٤١).

(٦) حاشية الدسوقي (٣/ ٤٢٢)، المبدع (٥/ ٢٤١).

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن المودَع إذا اقترض من الوديعة ترتب عليه ردّ ما اقترضه، وخلطه بالباقي، فيكون ذلك استهلاكاً لها، فيضمن الجميع[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن ذلك يعد استهلاكاً؛ لأن التعدي لم يحصل إلا في بعض الوديعة، ومع ذلك ردّ مثله متميزاً، فلا تزال الوديعة موجودة على حالها بعد الرد.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المودَع إذا ردّ ما اقترضه، وكان متميزاً، فتلفت فإنه لا يضمن إلا مقدار ما اقترضه؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من تحقيق العدل بعدم مؤاخذة المتعدي وهو المودَع إلا بمقدار تعديه.

المسألة الثانية: مقدار الضمان إذا كان البدل غير متميز

إذا تعدى المودَع فاقترض منها بغير إذن صاحبها، ثم ردّ بدلاً عما أخذ، وكان هذا البدل غير متميز عما اقترضه منها، فاختلط به بحيث لا يعرف، ثم تلفت الوديعة جميعها فهل يضمن الجميع، أو مقدار ما اقترضه فقط؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

---

(١) الهداية (٣/ ٢١٦)، اللباب (٢/ ١٩٨).

القول الأول: أن المودَع إذا رد بدل ما اقترضه، وكان غير متميز، فتلفت فإنه لا يضمن إلا مقدار ما اقترضه.

وبهذا قال المالكية[١]، وهو احتمال عند الحنابلة، وقطع به بعضهم[٢].

القول الثاني: أن المودَع إذا ردّ بدل ما اقترضه، وكان غير متميز، فتلفت فإنه يضمن الجميع.

وبهذا قال الحنفية[٣]، والشافعية، وهو المذهب عند الحنابلة[٤].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن تعدي المودَع قد اختص بما اقترضه من الوديعة، فيختص الضمان به[٥].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن المودَع إذا اقترض من الوديعة ترتب عليه رد ما اقترضه، وخلطه بالباقي، فيكون ذلك استهلاكاً لها، فيضمن الجميع[٦].

---

(١) الشرح الكبير للدردير (٣/ ٤٣١- ٤٢٢)، بلغة السالك (٢/ ٢٠٠).

(٢) المغني (٧/ ٢٩٥)، المبدع (٥/ ٢٤١).

(٣) الهداية (٣/ ٢١٦)، اللباب (٢/ ١٩٨).

(٤) الوجيز (١/ ٢٨٥).

(٥) المبدع (٥/ ٢٤١).

(٦) الهداية (٣/ ٢١٦)، اللباب (٢/ ١٩٨).

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بما تقدم في المسألة السابقة.

٢.أن المودَع باقتراضه ثم رده قد خلط الوديعة بما لا يتميز منها، فيضمن الجميع، كما لو خلطها بغير البدل[١].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة بأن هناك فرقاً بين البدل وغيره، فخلط المردود بغيره لا يقتضي الضمان؛ لأنه يجب رده معها، فلم يفوّت على نفسه إمكان ردها، بخلاف ما إذا خلطه بغيره، فيبطل القياس[٢].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المودَع إذا رد بدل ما اقترضه، وكان غير متميز، فتلفت فإنه لا يضمن إلا مقدار ما اقترضه؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من تحقيق العدل بعدم مؤاخذة المتعدي إلا بمقدار تعديه.

---

(١) المغني (٧/ ٢٩٦).

(٢) المرجع السابق (٧/ ٢٩٥- ٢٩٦).

المبحث الثاني

رهن المودَع للوديعة

إذا كان عند إنسان وديعة كسيارة، أو حيوان، أو غير ذلك، فاستدان مالاً فطلب منه رهن، فأراد أن يرهن هذه الوديعة، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على عدم ملكية المودَع لرهن الوديعة إلا بإذن صاحبها، فإن فعل ضمن.

فقد قال بذلك الحنفية[١].

وهو الظاهر من قول المالكية، والشافعية حيث إن القاعدة عندهم أن ما صح بيعه صح رهنه، وما لا فلا[٢]، ومعلوم أن الوديعة أمانة في يد المودَع لا يملك التصرف فيها لا ببيع ولا غيره.

وبه قال الحنابلة[٣].

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

١. أن في رهن المودَع للوديعة ضرراً بالمودِع؛ لأن الرهن عقد لازم

---

(١) النتف في الفتاوى (٢/ ٥٧٨)، تبيين الحقائق (٥/ ٨٥)، مجمع الضمانات ص٦٩، مجمع الأنهر (٢/ ٣٤٨)، الفتاوى الهندية (٤/ ٣٣٨).

(٢) الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨١٢)، القوانين الفقهية، ص٣٢٨، المهذب (١/ ٣١٥)، الوجيز (١/ ١٥٩).

(٣) المبدع (٥/ ١٨٩).

بعد القبض من جهة الراهن، فصار كالإجارة[١].

٢. أن الرهن إيفاء، وليس للمودَع أن يوفي دينه بمال غيره بغير إذنه[٢].

٣. أن الوديعة تعد أمانة في يد المودَع، فلا يملك التصرف فيها برهنٍ ولا غيره، ويضمن إن تصرف[٣].

---

(١) تبيين الحقائق (٥/ ٨٥).

(٢) المرجع السابق.

(٣) مجمع الأنهر (٢/ ٣٤٨).

المبحث الثالث
مضاربة المودَع بالوديعة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مضاربة المودَع بالوديعة بإذن المودِع.

المطلب الثاني: مضاربة المودَع بالوديعة بدون إذن المودِع.

المطلب الأول: مضاربة المودَع بالوديعة بإذن المودِع

إذا أراد المودَع أن يضارب بالوديعة فاستأذن صاحبها فأذن لـه، فـهل يملك المضاربة بهذا الإذن ويكون لـه نصيـب مـن الربـح، أو لا يملكـها فيكون الربح كله لصاحبها؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن المودَع يملك المضاربة بالوديعة إذا أذن له المودِع بذلـك، ويكون الربح بينهما.

وبهذا قال الحنفية[1]، والشافعية[2].

وبه قال الحنابلة[3].

القول الثاني: أن المودَع لا يملـك المضاربـة بالوديعـة وإن أذن لـه المـودِع بذلك، فإن فعل كان الربح كله للمودِع.

وبهذا قال المالكية[4].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الوديعة ملك رب المال، فجاز أن يضارب عليها، كمـا لـو كـانت حاضرة فقال: قارضتك على الألف، وأشار إليه في زاوية البيت[5].

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٨٣).

(٢) المهذب (١/ ٣٩٢)، مغني المحتاج (٢/ ٣١٠)، أسنى المطالب (٢/ ٣٨١).

(٣) المغني (٥/ ١٩١- ١٩٢)، المبدع (٥/ ٢٢).

(٤) مواهب الجليل (٥/ ٣٥٩)، الشرح الكبـير للدردير وحاشيـة الدسـوقي عليـه (٣/ ٥١٨)، الشرح الصغير للدردير (٢/ ٢٤٦).

(٥) المغني (٥/ ١٩١- ١٩٢).

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن المودَع يمكن أن يكون قد أنفق الوديعة، فصارت ديناً عليه، فيؤدي ذلك إلى المضاربة بالدين، فلا يجوز[١].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة بأن هناك فرقاً بين الدين والوديعة؛ لأن عين المال في الدين لا يصير ملكاً للغريم إلا بقبضه[٢].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانــه في هــذه المســألة -والله أعلــم بــالصواب- هــو القول الأول القائل بأن المودَع يملك المضاربة بالوديعة إذا أذن له المــودِع بذلك، ويكون الربح بينهما؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن المنع لحق المــودِع وقد أذن، فتصح.

المطلب الثاني: مضاربة المودَع بالوديعة بدون إذن المودِع

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: ملكية المودَع للمضارب بالوديعة بدون إذن المودِع.

المسألة الثانية: لمن يكون الربح عنــد تعـدي المـودَع بالمضاربـة بـدون إذن؟

---

(١) الشرح الصغير للدردير (٢/ ٢٤٦).

(٢) المغني (٥/ ١٩٢).

المسألة الأولى: ملكية المودَع للمضاربة بالوديعة بدون إذن المودع

إذا أراد المودَع أن يضارب بالوديعة، ولم يستأذن المودِع في ذلك، فهل يملك المضاربة، أو لا يملكها؟

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على أن المودَع لا يملك المضاربة بالوديعة بدون إذن المودِع.

فهو الظاهر من قول الحنفية حيث قالوا بعدم ملكيته للاتجار بها، فإن فعل فربح تصدق به[1]، والمضاربة نوع من أنواع الاتجار.

وبه قال المالكية[2].

وهو الظاهر من قول الشافعية حيث قالوا بعدم جواز تعدي المودَع في الوديعة[3]، وإخراج الوديعة من حرزها والمضاربة بها تعد فيها.

وبه قال الحنابلة[4].

الدليل:

يمكن الاستدلال لهم بما يلي:

أن الوديعة باقية في ملك المودِع؛ لأن المقصود من الإيداع الحفظ فقط، فمضاربة المودَع بها بدون إذنه تصرف في مال غيره بغير إذنه، فلا يصح.

---

(١) مجمع الأنهر (٢/ ٣٤٢).

(٢) مواهب الجليل (٥/ ٣٥٩)، الشرح الصغير للدردير (٢/ ٢٤٦).

(٣) روضة الطالبين (٦/ ٣٣٤).

(٤) الإنصاف (٦/ ٢٠٩).

المسألة الثانية: لمن يكون الربح عند تعدي المودَع بمضاربته بالوديعة بدون إذن المودِع؟

بعد أن تبيّن في المسألة السابقة عدم ملكية المودَع للمضاربة بالوديعة بدون إذن صاحبها، ما الحكم إذا تعدى المودَع فضارب بدون إذن المودِع، هل يكون الربح بينهما، أو يكون كله للمودِع، أو يتصدق به؟

اختلف الفقهاء في ذلك تبعاً لاختلافهم في ربح الاتجار عموماً بدون إذن المودِع بناء على أن المضاربة نوع من التجارة، وذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أن الربح يكون للمودِع.

وعلى هذا نصّ الإمام أحمد في رواية الجماعة، وهو الصحيح من المذهب عند أصحابه[1].

القول الثاني: أنه يتصدق بالربح.

وبهذا قال جمهور الحنفية[2]، وهو رواية عن الإمام أحمد[3].

القول الثالث: أن الربح يكون للمودَع إذا أدى الضمان، أو سلّم عينها بأن باعها ثم اشتراها ودفعها إلى مالكها، وإلا فإنه يتصدق به.

وبهذا قال أبو يوسف من الحنفية[4].

القول الرابع: أن الربح يكون للمودَع.

---

(١) مسائل الإمام أحمد لابنه صالح (١/ ٤٥٤)، المسألة رقم ٤٦٣، و(٣/ ٢٤٦)، المسألة رقم ١٧٤٢، ومسائله لابنه عبد الله ص٣١٣، المسألة رقم ١١٦٣، الإنصاف (٦/ ٢٠٩).

(٢) مجمع الأنهر (٢/ ٣٤٢)، الدر المنتقى (٢/ ٣٤٢).

(٣) الإنصاف (٦/ ٢٠٩).

(٤) مجمع الأنهر (٢/ ٣٤٢)، الدر المنتقى (٢/ ٣٤٢).

وبهذا قال المالكية[١].

الأدلة:

دليل القول الأول:

يمكن الاستدلال لأصحاب هذا القول بما يلي:

أن الوديعة باقية في ملكية المودِع؛ لأن القصد من الإيداع الحفظ، فإذا اتجر بها المودَع بالمضاربة أو غيرها فربحت فإن الربح يعد نماء ملك المودِع، فيكون له.

أما عمل المودَع فإنه عمل في مال بغير إذن صاحبه ولا عقد، فلا يستحق عليه شيئاً؛ لأنه متعد.

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن ربح الوديعة إذا اتجر بها المودَع يعد مالاً خبيثاً، فيتصدق به[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأنه مال خبيث؛ لأن الخبيث ما كان طريق كسبه محرماً كالربا، والرشوة، ونحو ذلك، أما هذا فهو مكتسب من طريق حلال إلا أنه بدون إذن صاحب المال، فيكون لصاحب المال؛ لأنه نماء ملكه.

---

(١) القوانين الفقهية، ص٣٨٠، الفواكه الدواني (٢/ ٢٣٩)، حاشية الدسوقي (٢/ ٤٢١)، شرح منح الجليل (٣/ ٤٥٧).

(٢) الفواكه الدواني (٢/ ٢٣٩)، شرح منح الجليل (٣/ ٤٥٧).

دليل القول الثالث:

الظاهر أن صاحب هذا القول يستدل على قوله بالتصديق بالربح إذا لم يؤد المودَع الضمان، ولم يسلّم عين الوديعة بما استدل به أصحاب القول الثاني، وقد سبقت مناقشته.

ولم أطلع على دليلٍ له على أن الربح يكون للمودَع إذا أدى الضمان أو سلّم عين الوديعة.

دليل القول الرابع:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن ضمان الوديعة زمن الاتجار بالمضاربة أو غيرها من المودَع، والقاعدة أن من عليه الضمان يستحق الربح[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن ضمان المودَع زمن الاتجار حصل بسبب تعديه بالتصرف في الوديعة بدون إذن صاحبها، فلا يستحق مع التعدي الربح؛ لأن هذا بكون كالإقرار على التعدي والمكافأة عليه، فلا يصح.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن ربح الوديعة إذا اتجر بها المودَع بالمضاربة أو غيرها من غير إذن صاحبها يكون للمودِع؛ لما استدللت به لهم، ولما في

---

(١) الفواكه الدواني (٢/ ٢٣٩)، شرح منح الجليل (٣/ ٤٥٧).

ذلك من ردع المودَع من التعدي على الوديعة بالمضاربة بها؛ لأنه إذا علم أن الربح سيكون لصاحبها وليس له نصيب منه امتنع عن ذلك، وبهذا يتحقق المقصود من الإيداع وهو حفظ المال.

المبحث الرابع
إجارة المودَع للوديعة

إذا كانت الوديعة مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالسيارة، والحيوان، ونحو ذلك فأراد المودَع أن يؤجر هذه العين، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه، وما الذي يلزمه من الضمان إذا فعل؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن المودَع لا يملك إجارة الوديعة إلا بإذن صاحبها، فإن أجرها ضمن.

وبهذا قال الحنفية[1].

وهو الظاهر من قول الشافعية، والحنابلة حيث قالوا بعدم جواز تعدي المودَع على الوديعة، فإن تعدى ضمن[2]، وإجارتها تعد ظاهر عليها.

القول الثاني: أن المودَع لا يملك إجارة الوديعة، فإن أجرها خُيِّر المودِع بين تضمينه لها، وبين أخذ الأجرة والوديعة.

وبهذا قال الإمام مالك، وأصحابه[3].

---

(١) النتف في الفتاوى (٢/ ٥٧٨)، مجمع الضمانات ص٦٩، مجمع الأنهر (٢/ ٣٤٨)، البحر الرائق (٧/ ٢٧٥)، الفتاوى الهندية (٤/ ٣٣٨).

(٢) روضة الطالبين (٦/ ٣٣٤)، كشاف القناع (٤/ ١٧٥ - ١٧٦).

(٣) المدونة (٦/ ١٥٧)، جواهر الإكليل (٤/ ١٧٥ - ١٧٦).

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الوديعة أمانة في يد المودَع، فلا يملك التصرف بالإجارة، فإن تصرف ضمن[1].

دليل القول الثاني:

الظاهر أن أصحاب هذا القول يستدلون على عدم ملكية المودَع للإجارة بما استدل به أصحاب القول الأول.

أما قولهم بالتخيير بين التضمين وأخذ الوديعة مع الأجرة فلم أطلع على دليل لهم.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المودَع لا يملك إجارة الوديعة، فإن أجرها ضمن؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن الإجارة عقد لازم، والوديعة عقد جائز، فإذا أجر المودَع الوديعة ترتب عليه لزوم ما لا يلزم، أي أن ذلك يوجب لزوم عقد الوديعة مع كونها غير لازمة، أو عدم لزوم ما يلزم، أي تصير الإجارة غير لازمة مع أنها عقد لازم.

---

(١) مجمع الأنهر (٢/ ٣٨٤).

المبحث الخامس
إعارة المودَع للوديعة

إذا كان عند إنسان وديعة، وهي مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، كالسيارة، والحيوان، ونحو ذلك، فأراد أن يعيرها لمن ينتفع بها فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على عدم ملكية المودَع لإعارة الوديعة إلا بإذن المودِع، فإن فعل ضمن.

فقد قال بذلك الحنفية[١].

وهو الظاهر من قول المالكية، والشافعية، والحنابلة حيث قالوا بعدم جواز تعدي المودَع في الوديعة والتصرف فيها، فإن فعل ضمن[٢]، وإعارتها تعد وتصرف فيها.

الأدلة:

يمكن الاستدلال لهم بما يلي:

أن الوديعة وضعت أمانة في يد المودَع بقصد حفظها، فلا يملك التصرف فيها بالإعارة، ويضمن إن تصرف؛ لتعديه.

---

(١) النتف في الفتاوى (٢/ ٥٧٨)، مجمع الضمانات، ص٦٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٧٤، جامع الفصولين (٢/ ١٦٠)، الفتاوى الهندية (٤/ ٣٣٨).

(٢) الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٠٤)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٢٠)، روضة الطالبين (٦/ ٣٣٤)، المغني (٧/ ٢٨١).

المبحث السادس
إيداع المودَع للوديعة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: إيداع المودَع الوديعة عند من في عياله، أو من يحفظ ماله في العادة.

المطلب الثاني: إيداع المودَع الوديعة عند من ليس في عياله، ومن لا يحفظ ماله في العادة.

المطلب الأول: إيداع المودَع الوديعة عند من في عياله، أو من يحفظ ماله في العادة

الأصل أن يتولى المودَع حفظ الوديعة بنفسه؛ لأن المودِع إنما وضعها في يده لذلك، ولكن هل معنى ذلك أن ينفرد هو بنفسه في الحفظ فقط، أو أن ذلك يشمل من في عياله من زوجته وأولاده، ومن يحفظ ماله في العادة لكون أيديهم في حكم يده؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن للمودَع حفظ الوديعة عند من في عياله كزوجته وأولاده، ومن يحفظ ماله في العادة.

وبهذا قال الحنفية[1]، والمالكية[2].

وهو ما نصّ عليه الإمام أحمد، وعليه جماهير أصحابه، وهو المذهب عندهم[3].

القول الثاني: ليس للمودَع حفظ الوديعة عند من في عياله كزوجته وأولاده، ومن يحفظ ماله في العادة.

---

(١) النتف في الفتاوى (٢/ ٥٧٨)، الكتاب للقدوري (٢/ ١٩٦)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٧)، الهداية (٣/ ٢١٥)، الاختيار (٣/ ٢٥)، مجمع الأنهر (٢/ ٣٣٩).

(٢) المقدمات الممهدات (٥/ ٢٥٧)، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٠٢)، بداية المجتهد (٢/ ٣١١-٣١٢)، مواهب الجليل (٥/ ٢٥٧)، الفواكه الدواني (٢/ ٢٣٨).

(٣) المغني (٧/ ٢٣٨)، المذهب الأحمد ص١١٦، المحرر (١/ ٣٦٣)، الفروع (٤/ ٤٨٠)، المبدع (٥/ ٢٣٧)، الإنصاف (٦/ ٣٢٤).

وبهذا قال الشافعية[١]، وبعض الحنابلة[٢].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن المُلتزَم بعقد الوديعة هو الحفظ، والإنسان لا يلتزم بحفظ مال غيره إلا بما يحفظ به مال نفسه، وأنه يحفظ مال نفسه بيده مرة، وبيد زوجته وأولاده ونحوهم أخرى، فله أن يحفظ الوديعة بأيديهم أيضاً، فكان الحفظ بأيديهم داخلاً تحت العقد دلالة[٣].

٢. أن المودَع لا يجد بُداً من دفع الوديعة إلى من في عياله؛ لأنه لا يمكنه ملازمة بيته، ولا استصحاب الوديعة في خروجه، فكان المالك راضياً به[٤].

٣. أن المودَع حفظ الوديعة بما يحفظ به ماله، فيصح، كما لو دفع الماشية إلى الراعي، أو دفع البهيمة إلى غلامه ليسقيها[٥].

٤. أنه يصح للمودَع أن يحفظ الوديعة عند من يحفظ ماله عنده، كوكيل صاحبها[٦].

---

(١) الوجيز (١/ ٢٨٥)، حلية العلماء (٥/ ١٧٦)، (٥/ ١٧٦)، روضة الطالبين (٦/ ٣٢٧)، مغني المحتاج (٣/ ٨١- ٨٢)، وهذا مذهبهم إلا إذا لم تغب الوديعة عن بصره، فيجوز، ولا ضمان عليه.

(٢) المبدع (٥/ ٢٣٧)، الإنصاف (٦/ ٢٣٤).

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٧)، الهداية (٣/ ٢١٥)، اللباب (٢/ ١٩٦).

(٤) الهداية (٣/ ٢١٥)، اللباب (٢/ ١٩٦)، الاختيار (٣/ ٢٦).

(٥) المغني (٧/ ٣٨٢).

(٦) الفروع (٤/ ٤٨٠)، المبدع (٥/ ٢٣٧).

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن المودَع سلّم الوديعة إلى من لم يرضَ به صاحبها، فلا يصح، كما لو سلّمها لأجنبي[1].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن قدامة بأنه قياس مع الفارق؛ لأن دفعها إلى الأجنبي لا يعد حفظاً منه، بخلاف من في عياله، ومن يحفظ ماله في العادة[2].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن للمودَع حفظ الوديعة عند من في عياله كزوجته وأولاده، ومن يحفظ ماله في العادة؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من التيسير على المودِع بدفع حاجته في حفظ ماله، وعلى المودَع بتسهيل حفظ الوديعة له.

ولكن مع هذا فإنه يجب تقييد ذلك بما إذا كان عيال المودَع ومن يحفظ ماله عنده أهلاً للحفظ من حيث الثقة والفطنة والأمانة حفاظاً على الوديعة من التلف والضياع.

---

(١) المغني (٧/ ٢٨٣).

(٢) المرجع السابق.

المطلب الثاني: إيداع المودَع الوديعة عند من ليس في عياله، ومن لا يحفظ ماله في العادة

المسألة الأولى: إيداع المودَع الوديعة لعذر.

المسألة الثانية: إيداع المودَع الوديعة لغير عذر.

المسألة الأولى: إيداع المودَع الوديعة لعذر

وفيها أمران:

الأمر الأول: إيداع المودَع الوديعة لعذر السفر.

الأمر الثاني: إيداع المودَع الوديعة لعذر الحريق، والغرق، ونحوهما.

الأمر الأول: إيداع المودَع الوديعة لعذر السفر

وفيه فرعان:

الفرع الأول: ملكية المودَع لإيداع الوديعة لعذر السفر.

الفرع الثاني: عند مَنْ يكون الإيداع عند القائلين بملكية المودَع له؟

الفرع الأول: ملكية المودَع لإيداع الوديعة لعذر السفر

إذا كان عند إنسان وديعة فأراد السفر لغرض من الأغراض، فهل يملك إيداعها عند غيره لهذا العذر، أو لا يملكه؟

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن المودَع لا يملك إيداع الوديعة لعذر السفر إذا كان صاحبها موجوداً، أو وكيله، إلا بإذنه.

فقد قال بذلك الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

الدليل:

استدلوا بما يلي:

أن في إيداع الوديعة في هذه الحالة دفعاً لها إلى غير مالكها بغير إذنه من غير عذر، فلا يصح، كما لو دفعها من غير عذر مطلقاً[٥].

أما إذا لم يجد صاحبها ولا وكيله فقد اختلف الفقهاء في ملكيته لإيداعها على قولين:

القول الأول: أن المودَع يملك إيداع الوديعة.

وبهذا قال الإمام مالك، وأصحابه[٦]، والشافعية[٧].

وبه قال جمهور الحنابلة، وهو الصحيح من المذهب عندهم[٨].

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٨)، الدر المنتقى (٢/ ٣٤٨).

(٢) انظر: هامش التفريع (٢/ ٢٧٠)، نقلاً عن البديع من شرح التفريع للشار مساحي (٢/ ١٠٢).

(٣) المهذب (١/ ٣٦٧)، روضة الطالبين (٦/ ٣٢٨).

(٤) المغني (٧/ ٢٨٣)، المبدع (٥/ ٢٣٨- ٢٣٩).

(٥) المغني (٧/ ٢٨٣).

(٦) المدونة (٦/ ١٤٤)، الإشراف (٢/ ٤٢)، التفريع (٢/ ٢٧٠)، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٠١- ٨٠٢)، القوانين الفقهية ص٣٧٩.

(٧) الوجيز (١/ ٢٨٤)، المهذب (١/ ٣٦٧)، روضة الطالبين (٦/ ٣٢٨)، مغني المحتاج (٣/ ٨٢).

(٨) المغني (٧/ ٢٨٣)، المذهب الأحمد ص١١٦، المحرر (١/ ٣٦٤)، الفروع (٤/ ٤٨١- ٤٨٢)، الإنصاف (٦/ ٣٢٨- ٣٢٩)، وقيدوا ذلك بألا يكون السفر أحفظ لها، ولم ينهه صاحبها عن السفر بها.

القول الثاني: أن المودَع لا يملك إيداع الوديعة.

وبهذا قال الحنفية[1]، وبعض الحنابلة[2].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

أولاً: من السنة:

ما روي أن رسول الله ﷺ كان عنده ودائع، فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن، وأمر علياً أن يردها إلى أهلها[3].

وهذا الحديث واضح الدلالة.

ثانياً: من المعقول:

أن هذا الموضع موضع حاجة، فيصح للمودَع إيداع للوديعة عند غيره[4].

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٨)، مجمع الأنهر (٢/ ٣٣٩-٣٤٠)، الدر المنتقى (٢/ ٣٤٨)، لسان الحكام ص٢٧٥.

(٢) الإنصاف (٦/ ٣٢٩).

(٣) روى البيهقي أمر علي بردها فيما رواه عبد الرحمن بن عويم بن ساعدة قال: حدثني رجال قومي من أصحاب رسول الله ﷺ. فذكر الحديث في خروج النبي ﷺ قال فيه: فخرج رسول الله ﷺ وأقام علي بن أبي طالب ﷺ ثلاث ليال وأيامها حتى أدى عن رسول الله ﷺ الودائع التي كانت عنده للناس حتى إذا فرغ منها لحق برسول الله ﷺ.

السنن الكبرى، -كتاب الوديعة -باب: ما جاء في الترغيب في أداء الأمانات (٦/ ٢٨٩).

وقال ابن حجر: «بسند قوي»، تلخيص الحبير (٣/ ٩٨).

وقال الألباني: «حسن»، إرواء الغليل (٥/ ٣٨٤).

(٤) المغني (٧/ ٢٨٣)، المبدع (٥/ ٢٣٩).

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن السفر ليس بعذر في إيداع الوديعة، فلا يملك المودَع إيداعها[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن السفر ليس عذراً، بل هو عـذر عند عدم وجود صاحب الوديعة أو وكيله؛ لأن السفر لا يخلو من المخاطر غالباً، مما يعرضها للتلف أو السرقة أو الضياع أو نحو ذلك.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بملكية المودع لإيداع الوديعة؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من الاحتياط في المقصود من الوديعة وهو الحفظ، ولما فيه من التيسير على المودَع مما يرغّب الناس في قبول الودائع الذي يحصل به دفع حاجة الناس في حفظ أموالهم.

الفرع الثاني: عند من يكون الإيداع عند القائلين بملكية المودَع للسفر؟

اختلف من قال في الفرع السابق بملكية المودَع لإيداع الوديعة وهم المالكية، والشافعية، وجمهور الحنابلة هل لا بدّ أن يكون الإيداع عند الحاكم، أو يصح عند ثقة من الثقات؟

وذلك على قولين:

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٨).

القول الأول: أن الإيداع يكون عند الحاكم، فإن تعذر فله إيداعها عند ثقة.

وبهذا قال الشافعية[١]، وهو الرواية المشهورة عن الإمام أحمد، وبها أخذ جمهور أصحابه، وهو الصحيح من المذهب عندهم[٢].

القول الثاني: أنه لا يلزم الإيداع عند الحاكم، بل يصح عند ثقة.

وبهذا قال الإمام مالك، وأصحابه[٣]، وهو رواية عن الإمام أحمد، وبها أخذ بعض أصحابه[٤].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على أن الإيداع يكون عند الحاكم عند إمكانه بما يلي:

أنه لا يمكن منع المودع من السفر، ولا قدرة له على المالك ولا وكيله، فوجب الدفع إلى الحاكم، كما لو حضر من يخطب المرأة والولي غائب فإن الحاكم ينوب عنه في التزويج[٥].

ثانياً: واستدلوا على الإيداع عند ثقة عند تعذر الحاكم بأدلة من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

---

(١) المهذب (١/ ٣٦٧)، روضة الطالبين (٦/ ٣٢٨)، مغني المحتاج (٣/ ٨٢).

(٢) المغني (٧/ ٢٨٣)، الفروع (٤/ ٤٨٠- ٤٨١)، المبدع (٥/ ٢٣٨- ٢٣٩)، الإنصاف (٧/ ٣٢٨).

(٣) المدونة (٦/ ١٤٤)، التفريع (٢/ ٢٧٠)، الإشراف (٢/ ٤٢)، القوانين الفقهية، ص٣٧٩.

(٤) الفروع (٤/ ٤٨١- ٤٨٢)، المبدع (٥/ ٢٣٩)، الإنصاف (٧/ ٣٢٨).

(٥) المهذب (١/ ٣٦٧).

فمن السنة:

ما روي أن رسول الله ﷺ كان عنده ودائع، فلما أراد الهجرة أودعها عن أم أيمن، وأمر علياً أن يردها إلى أهلها[١].

ومن المعقول:

أن هذا موضع حاجة، فيصح إيداعها عند ثقة[٢].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن المودَع قد أودع الوديعة لثقة مرضي، فيصح كإيداعها عند الحاكم[٣].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الحاكم معيّن من جهة ولي الأمر لقضاء حوائج الناس من الفصل في خصوماتهم، وتدبير شئون القاصرين منهم، ونحو ذلك، فهو يقوم مقام الغائب، بخلاف الثقة.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن إيداع المودَع للوديعة عند السفر يكون عند

---

(١) سبق تخريجه ص١٥٤.

(٢) المغني (٧/ ٢٨٣)، المبدع (٥/ ٢٣٩).

(٣) الإشراف (٢/ ٤٢).

الحاكم، فإن تعذر فعند ثقة؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن هذا موضع يحتاج إلى نيابة، والحاكم ينوب عمن يحتاج إلى ذلك، ولأن الإيداع عند الحاكم أبعد عن النزاع وأكثر حفظاً لها في الغالب.

الأمر الثاني: إيداع المودَع الوديعة لعذر الحريق، والغرق، ونحوهما

إذا كان عند إنسان وديعة لآخر فحدث حريق في بيته فخاف على الوديعة من الحرق، أو حصلت زيادة في المياه من المكان الذي هو فيه بسبب زيادة في مياه الأمطار، أو فيضانات في الأنهار، أو نحو ذلك، أو خاف على الوديعة من عدو محيط به، أو نحو ذلك من الأعذار، فهل يملك إيداعها عند غيره، أو لا يملكه؟.

لا شك أنه إن كان صاحب الوديعة، أو وكيله موجوداً وأمكن ردّها إليه أن المودَع لا يملك إيداعها، بل يتعيّن عليه ردّها إليه، كما تقدم في عذر السفر.

أما إذا لم يكن صاحبها موجوداً، ولا وكيله فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن المودَع يملك الإيداع عند الحرق، أو الغرق، أو نحوهما.

وبهذا قال الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، وأكثر

---

(١) الكتاب للقدوري (٢/ ١٩٦)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٨)، الهداية (٣/ ٢١٥)، الاختيار (٣/ ٢٦)، مجمع الأنهر (٢/ ٣٣٩).

(٢) التفريع (٢/ ٢٧٠)، القوانين الفقهية، ص٣٧٩، الشرح الكبير للدردير (٣/ ٤٢٣)، الفواكه الدواني (٢/ ٢٣٨).

(٣) مغني المحتاج (٣/ ٨٣).

الحنابلة، وهو الصحيح من المذهب عندهم[1].

القول الثاني: أن المودَع لا يملك الإيداع لعذر الحريق، والغرق، ونحوهما.

وبهذا قال بعض الحنابلة[2].

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن الإيداع في حالة الحريق، والغرق، ونحوها تعيّن طريقاً للحفظ، فكان الإيداع بإذن المالك دلالة، فيصح[3].

دليل القول الثاني:

يمكن الاستدلال لأصحاب هذا القول بما يلي:

أن صاحب الوديعة إنما رضي بأمانة المودَع ولم يرض بأمانة غيره، فلا يملك إيداعها مطلقاً.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن هذه الحالة حالة ضرورة طارئة لا يقصد منها الاستمرار، وإنما يقصد منها الحفاظ على الوديعة من التلف، والضرورة لها أحكامها.

---

(١) المغني (٧/ ٢٨٣)، المذهب الأحمد، ص١١٦، المبدع (٥/ ٢٣٨)، الإنصاف (٦/ ٣٢٥).

(٢) الإنصاف (٦/ ٣٢٩).

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٨)، الهداية (٣/ ٢١٥)، مجمع الأنهر (٢/ ٣٤٠).

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المودَع يملك إيداع الوديعة عند الحريق، والغرق، ونحوهما؛ لقوة ما استدلوا به، ولأنه هو المتمشي مع ما شرعت الوديعة من أجله وهو الحفظ، فالحفظ في هذه الحالة متعين في الإيداع، وتيسيراً على المودَع في حفظ الوديعة في المواقف الحرجة.

المسألة الثانية: إيداع المودَع الوديعة لغير عذر

وفيها أمران:

الأمر الأول: ملكية المودَع لإيداع الوديعة لغير عذر.

الأمر الثاني: على مَنْ يكون الضمان عند التلف عند القائلين بعدم ملكية المودَع للإيداع؟

الأمر الأول: ملكية المودَع لإيداع الوديعة لغير عذر

إذا كان عند إنسان وديعة، فأراد أن يودعها عند غيره لحفظها بدون أن يحصل له عذر من الأعذار الداعية إلى ذلك، فهل يملكه، أو لا يملكه؟

نقل ابن قدامة اتفاق الحنابلة والأئمة الثلاثة الباقين على عدم ملكية المودَع لذلك، وأن عليه الضمان، حيث قال: «(المسألة الثانية) إذا أودعها غيره ولها صورتان (إحداهما) أن يودعها غيره لغير عذر فعليه الضمان بغير خلاف في المذهب وهو قول شريح ومالك والشافعي

وأبي حنيفة وأصحابه..»[١].

ولكن بعد التأمل والتمعن في كتب الفقهاء اتضح أن هناك تخريجاً عند الحنابلة بملكية المودَع لذلك، فتكون المسألة محل خلاف، وذلك على قولين:

القول الأول: أن المودَع لا يملك إيداع الوديعة لغير عذر.

وبه قال الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والشافعية[٤]، وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة[٥].

القول الثاني: أن المودَع يملك إيداع الوديعة لغير عذر.

وهذا تخريج رواية عند الحنابلة[٦].

قال ابن مفلح: «ويتوجه تخريج رواية من توكيل الوكيل: له الإيداع بلا عذر»[٧].

---

(١) المغني (٧/ ٢٨٢).

(٢) النتف في الفتاوى (٢/ ٥٧٨)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٨)، الهداية (٣/ ٢١٥)، الاختيار (٣/ ٢٦)، مجمع الأنهر (٢/ ٣٣٩)، اللباب (٢/ ١٩٦).

(٣) المدونة (٦/ ١٤٤)، الإشراف (٢/ ٤٢)، التفريع (٢/ ٢٧٠)، القوانين الفقهية، ص٣٧٩، الفواكه الدواني (٢/ ٢٣٨).

(٤) المهذب (١/ ٣٦٨)، روضة الطالبين (٦/ ٣٢٧)، مغني المحتاج (٣/ ٨١)، فتح الوهاب (٢/ ٢١).

(٥) المغني (٧/ ٢٨٢)، الفروع (٤/ ٢٨٢)، المبدع (٥/ ٢٣٨)، الإنصاف (٦/ ٣٢٥).

(٦) الفروع (٤/ ٤٨٢)، المبدع (٥/ ٢٣٨)، الإنصاف (٦/ ٣٢٥).

(٧) الفروع (٤/ ٣٨٢).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. أن إيداع الوديعة من غير عذر مخالفة لما تمّ التعاقد عليه؛ لأن المودِع قد أمر المودَع بحفظها بنفسه، ولم يرض لها غيره، والأيدي تختلف في الأمانة، فلا يملكه، كما لو نهاه عن الإيداع(١).

٢. أن إيداع المودَع للوديعة كاستيداعه لها، والشيء لا يتضمن مثله، فلا يملكه، كالوكيل لا يوكّل غيره(٢).

دليل القول الثاني:

الظاهر من كلام أصحاب هذا القول كما تقدم في كلام ابن مفلح أنهم يستدلون بالقياس على الوكيل، فكما أن الوكيل يملك التوكيل فيما وكّل فيه فكذلك المودَع يملك إيداع الوديعة من غير عذر.

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بمنع الأصل المقيس عليه وهو ملكية الوكيل للتوكيل، فلا يملكه إلا بإذن الموكّل على القول الراجح، كما سبق(٣).

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو

---

(١) الهداية (٣/ ٢١٥)، مجمع الأنهر (٢/ ٣٣٩)، اللباب (٢/ ١٩٦)، الفواكه الدواني (٢/ ٢٣٨)، الشرح الكبير للدردير (٣/ ٤٢٣)، المهذب (١/ ٣٦٨)، المغني (٧/ ٢٨٢).

(٢) الهداية (٣/ ٢١٥)، الاختيار (٣/ ٢٦)، اللباب (٢/ ١٩٦- ١٩٧).

(٣) ص٥٠٠.

القول الأول القائل بعدم ملكية المودَع لإيداع الوديعة من غير عذر؛ لقوة ما استدلوا به ولما في ذلك من تحقيق ما شرعت الوديعة من أجله وهو حفظ الأموال من الضياع.

الأمر الثاني: على مَنْ يكون الضمان عند التلف عند القائلين بعدم ملكية المودَع للإيداع لغير عذر

تقدم في الأمر السابق أن جمهور الفقهاء يقولون بعدم ملكية المودَع لإيداع الوديعة من غير عذر، فعلى هذا يكون متعدياً إن أودع، ولكن على من يكون الضمان عند التلف، هل هو على المودَع الأول، أو الثاني، أو أن للمودِع تضمين من شاء منهما؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الضمان يستقر على الأول، ولصاحب الوديعة تضمين من شاء منهما إذا كان الثاني عالماً بالحال، فإن كان جاهلاً فلا ضمان عليه.

وبهذا قال أكثر الحنابلة، وهو الصحيح، من المذهب عندهم[1].

القول الثاني: أن لصاحب الوديعة تضمين من شاء من المودَع الأول أو الثاني مطلقاً.

وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية[2]، والشافعية[3].

---

(١) المغني (٧/ ٢٨٢)، الفروع (٤/ ٤٨٢)، المبدع (٥/ ٢٣٨)، الإنصاف (٦/ ٣٢٥- ٣٢٦).

(٢) المبسوط (١١/ ١٣٢)، النتف في الفتاوى (٣/ ٥٧٩)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٨)، الاختيار (٣/ ٢٧)، مجمع الأنهر (٢/ ٣٤٣- ٣٤٤).

(٣) المهذب (١/ ٣٦٨)، مغني المحتاج (٣/ ٨٢).

القول الثالث: أن الضمان يكون على المودَع الأول.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة[(١)]، والمالكية[(٢)]، وبعض الحنابلة[(٣)].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على تضمين المودَع الأول بما يلي:

أن المودَع قد خالف المودِع بإيداعه، فضمن الوديعة، كما لو نهاه عن إيداعها[(٤)].

ثانياً: واستدلوا على تضمين المودَع الثاني إذا كان عالماً بالحال بما يلي:

أن المودَع الثاني قبض مال غيره على وجه لم يكن له قبضه، ولم يأذن له مالكه، فضمنه، كالقابض من الغاصب[(٥)].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أنه قد وجد من كل من المودَع الأول والثاني سبب وجوب الضمان،

---

(١) المبسوط (١١/ ١٣٢)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٨)، الاختيار (٢/ ٢٧)، مجمع الأنهر (٢/ ٣٤٣- ٣٤٤)، وهذا الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه فيما إذا هلكت الوديعة عند الثاني، أما إذا استهلكها فللمالك تضمين من شاء منهما بالاتفاق.

(٢) الإشراف (٢/ ٤٢)، التفريع (٢/ ٢٧٠)، القوانين الفقهية ص٣٧٩.

(٣) الفروع (٤/ ٢٨٢)، المبدع (٥/ ٢٣٨)، الإنصاف (٦/ ٣٢٥- ٣٢٦).

(٤) المغني (٧/ ٢٨٢).

(٥) المرجع السابق.

أما الأول فلأنه دفع مال غيره إلى غير صاحبه بغير إذنه، وأما الثاني فلأنه قبض مال غيره بغير إذنه، وكل واحد منهما سبب لوجوب الضمان، فيُخيّر المالك، إن شاء ضمّن الأول، وإن شاء ضمّن الثاني، كمودع الغاصب مع الغاصب(١).

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن هذا يصلح دليلاً فيما إذا كان الثاني عالماً بالحال؛ لأنه يوجد منه سبب الضمان، أما إذا كان جاهلاً فلا يصلح.

ويناقش أصل قولهم بالتضمين مع الجهل بأن المودَع الثاني إذا كان جاهلاً لم يوجد منه سبب الضمان؛ لأنه قبض المال على أنه مملوك لمن أقبضه له، وهو المودَع الأول؛ لأن الأصل أن الإنسان لا يودِع إلا ما كان مملوكاً له، وقد قبضه بإذن هذا المقبِض، وهو المودَع الأول، فلا يوجب للضمان.

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن يد المودَع الثاني ليست بيد مانعة، بل هي يد حفظ وصيانة للوديعة عن أسباب الهلاك، فلا يصلح أن يكون سبباً لوجوب الضمان؛ لأنه من باب الإحسان إلى المالك، قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾(٢)، وكان ينبغي ألا يجب الضمان

---

(١) المبسوط (١١/ ١٣٢)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٨)، الهداية (٣/ ٢١٨)، الاختيار (٣/ ٢٧)، مجمع الأنهر (٢/ ٣٤٤)، المهذب (١/ ٣٦٨).

(٢) سورة التوبة الآية (٩١)

على المودَع الأول أيضاً؛ لأن الإيداع منه مباشرة سبب الصيانة والحفظ له، فكان محسناً فيه، إلا أنه صار مخصوصاً عن النص، فبقي المودع الثاني على ظاهره[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه إذا كان المودَع الثاني عالماً بالحال فقد وجد منه سبب الضمان وهو قبض مال غيره بدون إذن صاحبه، وعلى هذا لا يكون من باب الإحسان بل من باب التعدي، فيلزمه الضمان لذلك.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المودَع إذا أودع من غير عذر فإن الضمان يستقر على المودَع الأول، ولصاحب الوديعة تضمين من شاء منهما إذا كان الثاني عالماً بالحال، فإن كان جاهلاً فلا ضمان عليه؛ لقوة ما استدلوا به.

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٨)، الاختيار (٣/ ٢٧).

المبحث السابع

تبرع المودَع بالوديعة

إذا كان عند إنسان وديعة فأراد أن يتبرع منها لغيره، فهل يملك ذلك، أو لا يملكه؟.

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على عدم ملكية المودَع للتبرع بالوديعة جميعها أو بعضها سواء أكان بهبة، أم صدقة، أم غير ذلك إلا إذا أذن له صاحبها بذلك، فإن فعل ضمن.

فقد قال بذلك الحنفية[١].

وهو الظاهر من قول المالكية، حيث إن القاعدة عندهم أنه لا يصح للإنسان هبة شيء إلا إذا كان مملوكاً له[٢]، ومعلوم أن الوديعة باقية في ملكية المودِع.

كما أنه الظاهر من قول الشافعية، والحنابلة، حيث إن القاعدة عندهم أن كل ما صح بيعه صحت هبته، وما لا فلا[٣]، ومعلوم أنه لا يصحّ للمودَع بيع الوديعة إلا بإذن صاحبها.

الأدلة:

يمكن الاستدلال لهم بما يلي:

---

(١) النتف في الفتاوى (٢/ ٥٧٨).

(٢) بداية المجتهد (٢/ ٢٣٧)، القوانين الفقهية، ص٣٧٢.

(٣) المهذب (١/ ٤٥٣)، الوجيز (١/ ٢٤٩)، المقنع ص١٦٥، غاية المنتهى (٢/ ٣٢٢).

١. أن المودَع لا يملك التصرف بالوديعة مع بقاء عينها بدون إذن صاحبها لا بإجارة، ولا إعارة ونحو ذلك كما سبق، فمن باب أولى لا يملك التصرف الذي يزيل عينها عن ملكية صاحبها.

٢. أن تبرع المودَع بالوديعة نقل وإزالة لها من ملك صاحبها بدون إذنه، فلا يملكه، ويضمن، كما لو تعدى عليها فأتلفها.

المبحث الثامن
انتفاع المودَع بالوديعة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ملكية المودَع للانتفاع بالوديعة.

المطلب الثاني: ضمان المودَع للوديعة إذا تلفت بعد انتفاعه بها.

المطلب الأول: ملكية المودَع للانتفاع بالوديعة

إذا كان عند إنسان وديعة مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينة كسيارة، أو ملابس، أو نحو ذلك، فهل يملك الانتفاع بها بالركوب واللبس، أو لا يملك ذلك؟

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن المودَع لا يملك الانتفاع بالوديعة إذا لم يكن لنفعها كركوب دابة لسقيها وعلفها، ولبس ثوب صوف خوفاً من عُثّ[1] ونحوه إلا بإذن صاحبها.

فقد قال بذلك الحنفية[2]، والمالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5].

الأدلة:

يمكن الاستدلال لهم بما يلي:

١. أن الوديعة باقية في ملك صاحبها؛ لأن الغرض من الإيداع الحفظ فقط، ومعلوم أن الإنسان لا يملك الانتفاع بمال غير بغير إذنه.

٢. أن مقصود المودِع من الإيداع الحفظ، وفي إخراج الوديعة من حرزها والانتفاع بها يعرّضها للتلف والضياع، فينافي المقصود من العقد، فلا يصح.

---

(١) العُثُّ: السُّوسُ، والواحدة عُثَّة، وتجمع على عِثاثٍ -بكسر العين-، ويقال: العُثَّة الأرضية وهي دُويبة تأكل الصوف والأديم.

(المصباح، مادة «عثث» (١/ ٣٩٢)، تهذيب الأسماء واللغات، مادة «عثث» المجلد الثالث - الجزء الثاني من القسم ص٦).

(٢) النتف في الفتاوى (٢/ ٥٧٨)، مجمع الضمانات ص٧٣.

(٣) الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٠٤)، الشرح الكبير للدردير (٣/ ٤٢٠).

(٤) الوجيز (١/ ٢٨٥)، روضة الطالبين (٦/ ٣٣٤)، مغني المحتاج (٣/ ٨٨).

(٥) المبدع (٥/ ٢٣٩)، غاية المنتهى (٢/ ٢٦٣).

المطلب الثاني: ضمان المودَع للوديعة إذا تلفت بعد انتفاعه بها

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: ضمان المودَع للوديعة إذا تلفت قبل ردّها إلى حالها.

المسألة الثانية: ضمان المودَع للوديعة إذا تلفت بعد انتفاعه بها وردّها إلى حالها.

المسألة الأولى: ضمان المودَع للوديعة إذا تلفت قبل ردها إلى حالها

تقدم في المطلب السابق بيان اتفاق أصحاب المذاهب الأربعة على أن المودَع لا يملك الانتفاع بالوديعة إذا لم يكن لنفعها إلا بإذن صاحبها، ولكن هل يضمنها إذا تعدى فانتفع بها فتلفت قبل أن يردها إلى حالها التي كانت عليها قبل الانتفاع، أو لا يضمن؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن المودَع يضمن الوديعة إذا انتفع بها بدون إذن صاحبها فتلفت قبل ردّها إلى حالها.

وبهذا قال الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، وأكثر الحنابلة، وهو صحيح من المذهب عندهم[4].

---

(١) مجمع الضمانات، ص٧٣، مجمع الأنهر (٢/ ٣٤١).

(٢) الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٠٤)، القوانين الفقهية، ص٣٧٩، الشرح الكبير للدردير (٣/ ٤٢٠)، جواهر الإكليل (٢/ ١٤٢).

(٣) الأم (٣/ ٢٥٠)، الوجيز (١/ ٢٨٥)، المهذب (١/ ٦٣٨)، روضة الطالبين (٦/ ٣٣٤)، مغني المحتاج (٣/ ٨٨).

(٤) المحرر (١/ ٣٦٣- ٣٦٤)، الفروع (٤/ ٤٨٢)، المبدع (٥/ ٢٣٩)، الإنصاف (٦/ ٣٣٠- ٣٣١)، كشاف القناع (٤/ ١٧٥).

القول الثاني: أن المودَع لا يضمن الوديعة إذا انتفع بها بدون إذن صاحبها فتلفت قبل ردّها إلى حالها.

وهذا منقول عن بعض الحنابلة[1].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن المودَع بانتفاعه بالوديعة قد تصرّف فيها بما ينافي مقتضاها، فضمن به، كما لو أحرزها في غير حرزها[2].

٢. أن هلاك الوديعة عند انتفاع المودَع بها استهلاك لها من حيث المعنى، فيضمن[3].

أما القول الثاني فلم أطلع على دليل لأصحابه، ولم يتبين لي وجه دليله، وهو ظاهر الضعف؛ لما استدل به أصحاب القول الأول.

الترجيح:

الراجح في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المودَع يضمن الوديعة إذا انتفع بها بدون إذن صاحبها فتلفت قبل ردّها إلى حالها؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن الوديعة تعد أمانة في يد المودَع على القول الراجح كما سيأتي -إن شاء الله- فتضمن عند التعدي فيها، ومن التعدي الانتفاع بها.

---

(١) الإنصاف (٦/ ٣٣١).

(٢) المهذب (١/ ٣٦٨)، الكافي لابن قدامة (٢/ ٣٨٠).

(٣) مجمع الأنهر (٢/ ٣٤١).

المسألة الثانية: ضمان المودع للوديعة إذا تلفت بعد انتفاعه بها وردها إلى حالها

تقدم في المسألة السابقة بيان الضمان فيما إذا تلفت الوديعة حالة الانتفاع بها، ولكن ما الحكم إذا لم تتلف في هذه الحال بل تلفت بعد ردّها إلى حالها قبل الانتفاع، هل يبرأ من الضمان بذلك، أم لا يبرأ منه؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن المودَع إذا انتفع بالوديعة ثم ردّها إلى حالها قبل أن تتلف برئ من الضمان.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة، وصاحباه أبو يوسف، ومحمد بن الحسن[1]، والمالكية[2]، وهو وجه في مذهب الحنابلة[3].

القول الثاني: أن المودَع إذا انتفع بالوديعة ثم ردّها إلى حالها قبل أن تتلف لم يبرأ من الضمان.

وبهذا قال زفر من الحنفية[4]، والشافعية[5].

وبه قال أكثر الحنابلة، وهو الصحيح من المذهب عندهم[6].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

---

(١) الكتاب للقدوري (٢/ ١٩٨)، المبسوط (١١/ ١١٤)، بدائع الصنائع (٦/ ٢١٢)، الاختيار (٣/ ٢٧)، فتاوى قاضيخان (٣/ ٣٧٣).

(٢) الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٠٤)، الشرح الكبير للدردير (٣/ ٤٢١).

(٣) الفروع (٤/ ٤٨٢)، المبدع (٥/ ٢٣٩).

(٤) بدائع الصنائع (٦/ ٢١٢)، حاشية شلبي على تبيين الحقائق (٥/ ٧٨).

(٥) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٥)، المهذب (١/ ٣٨٩)، روضة الطالبين (٦/ ٣٣٥).

(٦) المغني (٧/ ٢٩٦)، الفروع (٤/ ٤٨٢)، المبدع (٥/ ٢٣٩)، الإنصاف (٦/ ٣٣٠- ٣٣١).

١. أن الإيداع مطلق؛ لأن المودِع يقول للمودَع عند الإيداع: احفظ مالي، أو: احفظه أبداً، ولا يُشكل على أحد أن هذا اللفظ يتناول الحفظ قبل المخالفة بالانتفاع وبعده[١].

٢. أن المودَع بعد المخالفة بالانتفاع لا يزال مودَعاً، والمودَع إذا هلكت الوديعة من غير صنعه لا ضمان عليه كما هو قبل الانتفاع، والدليل على أنه بعد المخالفة بالانتفاع مودَع أن المودَع من يحفظ مال غيره له بأمره، وهو بعد الانتفاع ورد الوديعة إلى حالها حافظ مال المالك له بأمره؛ لأن الأمر يتناول ما بعد الانتفاع[٢].

٣. أن المودَع إذا أزال التعدي بالانتفاع زال الضمان؛ لزوال سببه، وهو التعدي، والأمر بالحفظ لا يزال باقياً، فكانت يده كيد المالك حكماً؛ لأنه عامل له بالحفظ، فبإزالة التعدي ارتدت إلى يد صاحبها حكماً[٣].

٤. أن المودَع مأمور بحفظ الوديعة في كل الأوقات، فإذا خالف في البعض ثم رجع أتى بالمأمور به، كما لو استأجره للحفظ شهراً، فترك الحفظ في بعضه، ثم حفظ في الباقي استحق الأجرة بقدره[٤].

٥. أن الأمر بحفظ الوديعة لم يبطل بالمخالفة بالانتفاع بها؛ لأن بطلان الشيء بما هو موضوع لإبطاله، أو بما ينافيه، والانتفاع ليس بموضع لإبطال الإيداع وهو لا ينافيه، كما أن الأمر بالحفظ مع الانتفاع صحيح ابتداءً[٥].

---

(١) المبسوط (١١/ ١١٥)، الهداية (٣/ ٢١٦).
(٢) بدائع الصنائع (٦/ ٢١٢).
(٣) اللباب (٢/ ١٩٨).
(٤) تبيين الحقائق (٥/ ٧٩)، البحر الرائق (٧/ ٢٧٧).
(٥) المبسوط (١١/ ١١٥)، مجمع الأنهر (٢/ ٣٤١).

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن المودَع إذا تعدى فانتفع بالوديعة ضمن، ولم يبرأ بالرد قياساً على مستأجر الدابة إلى مكان إذا جاوزه، ثم عاد إليه فإنه لا يبرأ[١].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه السرخسي بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الإجارة تختلف عن الإيداع، فالعقد في الإجارة يرد على منافع الدابة في ذلك المكان، فبإخراجها منه يفوت المعقود عليه أصلاً، وفي الإيداع العقد يرد على منفعة الحافظ، وبالمخالفة من طريق الفعل لم يفت جميع المعقود عليه، وإنما وقع التغير في التسليم في بعضه؛ لأنه كان مأموراً بتسليم العين في المصر، فإذا أخرجه يتغير التسليم من غير أن يفوت المعقود عليه، حتى إنه لو حمل في الإجارة آخر في ذلك المكان ثم نزع بريء من الضمان؛ لبقاء المعقود عليه[٢].

٢. أن عقد الوديعة ارتفع حين صار المودَع ضامناً بالانتفاع للمنافاة بين الضمان والأمانة، فلا يبرأ إلا بالرد على المودِع، ولا تعود الأمانة إلا بعقد جديد، فصار كالمستعير، والمستأجر[٣].

---

(١) المبسوط (١١/ ١١٥).

(٢) المرجع السابق (١١/ ١١٥- ١١٦).

(٣) تبيين الحقائق (٥/ ٧٩).

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه الزيلعي بأنه قياس مع الفارق؛ لأن المستعير والمستأجر إذا تعدى في العين المستعارة والمستأجرة ثم زال التعدي فإنه لا يبرأ؛ لأن البراءة من الضمان إنما تكون بإعادة يد المالك حقيقة أو حكماً، ولم يوجد ذلك؛ لأن قبضهما ا لعين كان لأنفسهما لاستيفاء المنافع فإذا تركا الخلاف لم يوجد الرد إلى صاحبها لا حقيقة ولا حكماً، بخلاف المودَع فإن يده يد المالك حكماً؛ لأنه عامل له في الحفظ، فإذا ترك الخلاف فقد ردّها إلى يد صاحبها حكماً فبرئ من الضمان[1].

٣.أن المودَع بانتفاعه بالوديعة دخلت في ضمانه، فيرتفع العقد، ويخرج من الأمانة، ولم يحدث له صاحبها استئماناً، فلا يبرأ حتى يردها إليه[2].

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه الكاساني من وجهين:

الوجه الأول: أن معنى الدخول في ضمان المودع أنه انعقد سبب وجوب الضمان موقوفاً وجوبه على وجود شرطه، وهو الهلاك في حالة الخلاف، لكن هذا لم يوجب ارتفاع العقد، ولذا من وكل إنساناً ببيع عبده بألفي درهم، فباعه بألف وسلمه إلى المشتري دخل العبد في ضمانه؛

(١) تبيين الحقائق (٥/ ٧٩).
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٥).

لانعقاد سبب وجوب الضمان، وهو تسليم مال الإنسان إلى غيره من غير إذنه، ومع ذلك بقي العقد حتى لو أخذه كان له بيعه بألفين.

الوجه الثاني: عدم التسليم في أن العقد انفسخ إلا في قدر ما فات من حقه وحكمه، وهو الحفظ الملتزم للمالك في زمن المخالفة بالانتفاع، لا فيما بقي في المستقبل، كما إذا استحفظه بأجرة معلومة كل شهر، فترك الحفظ في بعض الشهر، ثم اشتغل به الباقي بقي العقد في الباقي، ويستحق من الأجرة بقدره[1].

٤. أن المودَع ضمن الوديعة بالعدوان، فلم يبرأ بالرد إلى المكان، كما لو غصب من دار المالك شيئاً، ثم رده إليها[2].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن الغاصب لا يبرأ برد المغصوب، بل يبرأ برده إلى صاحبه.

٥. أن المودَع ضمن الوديعة بعدوان، فبطل الاستئمان، كما لو جحدها ثم أقرّ بها[3].

---

(١) انظر هذين الوجهين في بدائع الصنائع (٦/ ٢١٢).

(٢) المهذب (١/ ٣٦٩).

(٣) المغني (٧/ ٢٩٦).

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بما ذكره السرخسي من أن المودَع تصرف في حفظ الواجب بالأمر على خلاف ما يوجبه، وليس بتصرف في الأمر، وصحة الأمر كأن يكون الآمر أهلاً له، وكون الحفظ مقصوداً من المأمور، ولم ينعدم شيء من ذلك، بخلاف الجحود فإنه ردّ للآمر بعينه؛ لأن الجاحد يكون متملكاً للعين، والمالك في ملكه لا يكون مأموراً بالحفظ من جهة غيره، والدليل عليه أوامر الشرع، فالجحود فيها ردّ، والخلاف لا يكون ردّاً، وكذلك في أوامر العباد إذا وكل إنسان ببيع عين بألف فباعها بخمسمائة وسلم لم تبطل الوكالة مع تحقق المخالفة، ومع أن الوكالة جائزة غير لازمة، كالإيداع[1].

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المودعَ إذا انتفع بالوديعة ثم ردّها إلى حالها قبل أن تتلف برئ من الضمان؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن سبب الضمان هو التعدي وقد زال، فيزول ما يترتب عليه وهو الضمان.

---

(١) المبسوط (١١/ ١١٥).

المبحث التاسع
سفر المودَع بالوديعة

إذا كان عند إنسان وديعة لآخر، فأراد السفر لغرض من الأغراض، فهل يملك السفر بها معه، أو لا يملكه؟

الظاهر من كلام أصحاب المذاهب الأربعة اتفاقهم على عدم ملكية المودَع للسفر بالوديعة إذا كان الطريق مخوفاً، أو البلد الذي سيسافر إليه مخوفاً، أو كان صاحبها قد نهاه عن السفر بها، فإن فعل فهو ضامن لها.

فقد قال بذلك الحنفية[١].

وهو مقتضى قول المالكية، والشافعية، حيث أطلقوا عدم ملكية المودَع للسفر بالوديعة إلا عند عدم وجود صاحبها أو وكيله، ومن يضعها عنده من حاكم أو ثقة كما سيأتي بعد قليل -إن شاء الله-.

وبه قال الحنابلة[٢].

الأدلة:

استدلوا بما يلي:

١. أن المودَع إذا سافر بالوديعة مع خوف الطريق، أو نهي صاحبها،

---

(١) الهداية (٣/ ٢١٧)، تبيين الحقائق (٥/ ٧٩)، مجمع الأنهر (٢/ ٣٣٩)، لسان الحكام، ص٢٧٤.

(٢) الكافي لابن قدامة (٢/ ٣٧٧)، الفروع (٤/ ٤٨٠- ٤٨١)، المبدع (٥/ ٣٣٨)، الإنصاف (٦/ ٣٢٦- ٣٢٧).

فهو متعد ومفرط، فلا يصح، ويضمن[١].

٢. أن تقييد المودِع للمودَع بحفظ الوديعة في بلده بنهيه عن السفر بها مفيد؛ لأن الحفظ في البلد أبلغ، فكان صحيحاً، فلا يملك السفر، ويضمن إذا خالف[٢].

أما إذا كان الطريق آمناً، والبلد المسافر إليه آمناً، ولم ينه المودِع المودَع عن السفر بالوديعة فقد اختلف الفقهاء في ذلك على خمسة أقوال:

القول الأول: أن المودَع لا يملك السفر بالوديعة إلا عند عدم وجود صاحبها أو وكيله، ومن يضعها عنده من حاكم أو ثقة.

وبهذا قال المالكية[٣]، والشافعية[٤].

القول الثاني: أن المودَع لا يملك السفر بالوديعة إلا عند عدم وجود صاحبها أو وكيله.

وهذا وجه عند الحنابلة، اختاره ابن قدامة، وصوّبه المرداوي[٥].

---

(١) الكافي لابن قدامة (٢/ ٣٧٧).

(٢) الهداية (٣/ ٣١٧).

(٣) المدونة (٦/ ١٥٥)، الإشراف (٢/ ٤١)، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٠١)، بداية المجتهد (٢/ ٣١١)، الشرح الكبير للدردير (٣/ ٤٢١).

(٤) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٤٧)، الوجيز (١/ ١٨٤- ١٨٥)، المهذب (١/ ٣٦٧- ٣٦٨)، حلية العلماء (٥/ ١٧١، ١٧٢) روضة الطالبين (٦/ ٣٢٨).

(٥) المغني (٧/ ٢٨٤)، المذهب الأحمد ص١١٦- ١١٧، المحرر (١/ ٣٦٤)، الإنصاف (٦/ ٣٢٦- ٣٢٧).

القول الثالث: أن المودَع يملك السفر بالوديعة وإن وجد صاحبها أو وكيله ولا يضمن.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة[1]، وهو وجه عند الحنابلة، نصّ عليه الإمام أحمد، وهو المذهب[2].

القول الرابع: أن المودَع يملك السفر بالوديعة وإن وجد صاحبها أو وكيله إلا إذا كانت مما يحتاج إلى حمل ومؤنة.

وبهذا قال محمّد بن الحسن من الحنفية[3].

القول الخامس: أن المودَع يملك السفر بالوديعة وإن وجد صاحبها أو وكيله إذا كانت المسافة قصيرة مطلقاً، أو طويلة وهي مما لا يحتاج إلى حمل ومؤنة، ولا يملكه إذا لم تكن كذلك.

وبهذا قال أبو يوسف من الحنفية[4].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٩)، الهداية (٤/ ٢١٧)، الاختيار (٣/ ٢٧)، مجمع الأنهر (٢/ ٣٣٩)، اللباب (٢/ ١٩٨).

(٢) المغني (٧/ ٢٨٤)، الفروع (٤/ ٤٨٠)، المبدع (٥/ ٢٣٨)، الإنصاف (٦/ ٣٢٧)، مطالب أولي النهى (٤/ ١٦٥-١٥٧).

(٣) المبسوط (١١/ ١٢٢)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٩)، الهداية (٣/ ٢١٧)، تبيين الحقائق (٥/ ٧٩)، اللباب (٢/ ١٩٨).

(٤) تبيين الحقائق (٥/ ٧٩)، البحر الرائق (٧/ ٢٧٨).

أولاً: استدلوا على عدم ملكية السفر بالوديعة مع وجود صاحبها أو وكيله، أو من توضع عنده من حاكم أو ثقة بأدلة من السنة، والمعقول، وهي كما يلي:

فمن السنة:

ما رواه أبو هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «لو علم الناس رحمة الله بالمسافر لأصبح الناس وهم على سفر، إن المسافر وماله لعلى قَلَتٍ[1] إلا ما وقى الله»[2].

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذا الحديث بأن رسول الله ﷺ أخبر أن مال المسافر على خطر من الهلاك، وإذا كان كذلك فإن المودَع لا يملك السفر بالوديعة مع وجود صاحبها أو وكيله، أو من يضعها عنده من حاكم أو ثقة؛ لأنه بذلك يتعمد تعريضها للهلاك من غير ضرورة.

---

(١) القَلَتُ: الهلاك، وقد قَلِتَ يَقْلَت قَلَتا: إذا هلك.
النهاية، مادة «قلت» (٤/ ٩٨).

(٢) قال ابن حجر: «رواه السلفي في أخبار أبي العلاء المعري.. قلت: وكذا أسنده أبو منصور الديلمي في مسند الفردوس من هذا الوجه من غير طريق المعري، وكذا ذكره أبو الفرج المعافي القاضي النهرواني في كتاب الجليس والأنيس.. وقد أنكره النووي في شرح المهذب فقال: ليس هذا خبراً عن النبي ﷺ، وإنما هو من كلام بعض السلف، قيل: إنه علي بن أبي طالب».
(تلخيص الحبير (٣/ ٩٨)).
وقد بحثت كثيراً في مظان هذا الحديث في المجموع فلم أوفق للعثور عليه.
وذكره ابن قتيبة في غريب الحديث (٢/ ٥٦٤) عن الأصمعي عن رجل من الأعراب.
وقال الألباني: «ضعيف جداً»، إرواء الغليل (٥/ ٣٨٣).

مناقشة هذا الدليل:

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: يمكن مناقشته بأنه ضعيف، بل قال بعض العلماء: إنه ليس من قول النبي ﷺ كما في تخريجه.

الوجه الثاني: على تقدير صحته عن النبي ﷺ فقد ناقشه السرخسي، والكاساني بأنه محمول على ابتداء الإسلام حين كانت الغلبة للكفرة، وكانت الطريق مخوفة، ونحن نقول به[1].

ومن المعقول:

أن الإيداع يقتضي الحفظ في الحرز، وليس السفر من مواضع الحفظ؛ لأنه إما أن يكون مخوفاً أو آمناً لا يوثق بأمنه، فلا يجوز مع عدم الضرورة[2].

ثانياً: واستدلوا على ملكية السفر بالوديعة مع عدم وجود صاحبها أو وكيله، أو من توضع عنده من حاكم أو ثقة بما يلي:

أن السفر بالوديعة أحوط من تركها، فيلزم المودَع[3].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على ملكية السفر بالوديعة إذا لم يجد صاحبها أو وكيله بما يلي:

---

(١) المبسوط (١١/ ١٢٢)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٩).

(٢) المهذب (١/ ٣٦٨).

(٣) المرجع السابق.

١. أن السفر بالوديعة مع أن الطريق والبلد المسافر إليه نقل لها إلى موضع مأمون، فيملكه المودَع، كما لو نقلها في البلد[1].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه قياس مع الفارق؛ لأن احتمال التلف والضياع -ولو مع الأمن- في السفر خارج البلد أكثر منه داخل البلد كما هو معلوم، فلا يقاس أحدهما على الآخر.

٢. أن المودَع سافر بالوديعة سفراً غير مخوف، فيصح أشبه ما لو لم يجد أحداً يتركه عنده[2].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه قياس مع الفارق؛ لأن هناك فرقاً بين ما إذا وجد من توضع عنده من حاكم أو ثقة وبين ما إذا لم يجد، فإنه إذا لم يوجد كانت الحال حال ضرورة فيصح السفر، بخلاف ما إذا وجد.

ثانياً: واستدلوا على عدم ملكية السفر بالوديعة إذا وجد صاحبها أو وكيله بما استدل أصحاب القول الأول من حديث أبي هريرة ﷺ، وقد سبقت مناقشته.

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن الأمر بحفظ الوديعة قد صدر من المودِع مطلقاً عن تعيين

---

(١) المغني (٧/ ٢٨٤).

(٢) المرجع السابق.

المكان، فلا يتقيد بمكان دون مكان، كما لا يتقيد بزمان؛ لأن من يراعى أمره في شيء يراعى إطلاق أمره، كأوامر الشرع[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن أمر المودِع وإن كان مطلقاً من جهته إلا أنه يتقيد بالعرف؛ لأن العرف مقصود له، والعرف إنما هو الحفظ في حرز المثل في المكان الذي يسكنه المودَع.

٢. أن المقصود من الإيداع الحفظ، والمفازة محل للحفظ إذا كان الطريق آمناً، فيملك المودَع السفر بالوديعة[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن المفازة محل للحفظ إذا كان الطريق آمناً؛ لأن المعروف في الحفظ هو الحفظ في البلدان، وهو المقصود عند الإيداع، كما أن المفازة وإن كان الطريق آمناً ليست في الحفظ كالبلدان، فالبلدان أكثر حفظاً على كل حال.

أدلة القول الرابع:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدل على ملكية السفر بالوديعة إذا كانت لا تحتاج إلى حمل ومؤنة بما استدل به أصحاب القول الثالث، وقد سبقت مناقشته.

---

(١) المبسوط (١١/ ١٢٢)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٩)، الهداية (٣/ ١٢٧)، تبيين الحقائق (٥/ ٧٩)، مجمع الأنهر (٢/ ٣٣٩)، اللباب (٢/ ١٩٨).

(٢) الهداية (٣/ ٢١٧)، تبيين الحقائق (٥/ ٧٩).

ثانياً: واستدل له عدم ملكية السفر بالوديعة إذا كانت تحتاج إلى حمل ومؤنة بما يلي:

أن السفر بماله حمل ومؤنة ضرر بالمالك، لجواز أن يموت المودَع في السفر، فيحتاج إلى الاسترداد من موضع لا يمكنه ذلك إلا بحمل ومؤنة عظيمة، فيتضرر به[١].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بعدم التسليم بأن العلة في المنع من السفر هو ما يترتب عليه من مؤنة الحمل والاسترداد، وإنما العلة الحقيقية هي تعريض الوديعة للتلف أو الضياع مع عدم الضرورة إلى ذلك، ومخالفة أمر المودِع في الحفظ بالتصرف في السفر بها.

أدلة القول الخامس:

استدل لصاحب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدل على ملكية السفر بالوديعة إذا كانت المسافة قصيرة بما يلي:

أن المسافة القصيرة لا يخاف فيها عادة، ولهذا تسافر المرأة المسافة القصيرة بلا محرم، فيملك المودَع السفر بالوديعة فيها[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته من وجهين:

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٩)، تبين الحقائق (٥/ ٧٩).

(٢) تبيين الحقائق (٥/ ٧٩).

الوجه الأول: أن السفر مهما كان لا يقارن بداخل البلدان من حيث الحفظ، وأما ما ذكروه من سفر المرأة بدون محرم إذا كان قصيراً فلا يسلم به، بدليل ما رواه عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال: قال النبي ﷺ: «لا تسافر المرأة إلا مع ذي محرم، ولا يدخل عليها رجل إلا ومعها محرم..»[1] الحديث، فلم يفرّق ﷺ بين السفر الطويل والقصير إذا كان يطلق عليه اسم السفر.

الوجه الثاني: أن العلة في المنع من السفر بالوديعة لا تقتصر على الخوف على الوديعة، بل ولما في ذلك من التصرف فيها بإخراجها من حرزها ومن البلد التي هي فيه بدون إذن صاحبها.

ثانياً: واستدل له على القول بملكية السفر بالوديعة إذا كانت لا تحتاج إلى حمل ومؤنة، وعدم ملكيته له إذا كانت تحتاج إلى ذلك إذا كان السفر طويلاً بما استدل به لصاحب القول الرابع، وقد سبقت مناقشته.

---

(١) رواه البخاري في كتاب الحج -باب حج النساء (٢/ ٢١٩)، بهذا اللفظ، وفي كتاب الجهاد والسّير- باب من اكتتب في جيش فخرجت امرأته حاجّة وكان له عذر هل يؤذن له؟ (٤/ ١٨)، وفي كتاب النكاح -باب: لا يخلون رجل بامرأة إلا ذو محرم، والدخول على المغيبة (٦، ١٥٩).

ومسلم في كتاب الحج -باب: سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره (٢/ ٩٧٨)، الحديث رقم ٤٢٤.

وأحمد (١/ ٢٢٢).

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المودَع لا يملك السفر بالوديعة إلا عند عدم و جود صاحبها أو وكيله، ومن يضعها عنده من حاكم أو ثقة؛ لما استدلوا به، ولأن المقصود من الإيداع الحفظ، والحفظ إنما يكون في العادة في البلدان لا في السفر، ولأن السفر تصرف والمودَع ممنوع من التصرف إلا بإذن المودِع، ولأن السفر مهما كان آمناً ليس كالحضر في الأمن والحفظ.

المبحث العاشر

حفظ المودَع للوديعة في غير حرزها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حفظ المودَع الوديعة في غير حرزها إذا لم يعيّن له المودِع حرزاً.

المطلب الثاني: حفظ المودَع الوديعة في غير حرزها إذا عيّن له المودِع حرزاً.

المطلب الأول: حفظ المودَع الوديعة في غير حرزها إذا لم يعيّن له المودِع حرزاً

وفيه تمهيد ومسألتان:

التمهيد: في بيان الحرز الذي يجب على المودَع حفظ الوديعة فيه إذا لم يعيّن له المودِع حرزاً.

المسألة الأولى: حفظ المودَع الوديعة فيما هو أكثر حفظاً من حرز مثلها.

المسألة الثانية: حفظ المودَع الوديعة فيما هو أقل حفظاً من حرز مثلها.

التمهيد: بيان الحرز الذي يجب على المودَع حفظ الوديعة فيه إذا لم يعيّن له المودِع حرزاً

اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن المودِع إذا لم يعين حرزاً لحفظ الوديعة فإنه يجب على المودَع أن يحفظها في حرز مثلها عرفاً، فمثلاً النقود تحفظ في الصناديق وراء الأقفال الوثيقة، والثياب في البيوت والمخازن من وراء الأغلاق، والبهائم في الأماكن المحاطة بالجدران المبنية.. وهكذا.

فقد قال بذلك الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

---

(١) تبيين الحقائق (٥/ ٧٧).

(٢) بداية المجتهد (٢/ ٣١٢).

(٣) المهذب (١/ ٣٦٦).

(٤) المغني (٧/ ٢٨٦)، المحرر (١/ ٣٦٣)، العدة ص٢٦٦، الفروع (٤/ ٤٧٩)، كافي المبتدي ص٢٨٧.

وقد نقل ابن رشد الإجماع على ذلك حيث قال: «..وبالجملة فعند الجميع أنه يجب عليه أن يحفظها مما جرت به عادة الناس أن تحفظ أموالهم..»[1].

الأدلة:

استدلوا على ذلك بأدلة كثيرة من الكتاب، والسنة، والآثار، وقد سبق ذكر طرف منها في الأدلة الدالة على وجوب حفظ الأمانة وأدائها وتحريم الخيانة فيها في التمهيد، ومنها:

أولاً: من الكتاب:

قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا..﴾[2] الآية.

ثانياً: من السنة:

ما رواه أبو هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «أدّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»[3].

وجه الاستدلال بهذين الدليلين ونحوهما:

أن الله -سبحانه وتعالى- أمر بأداء الوديعة، وكذلك أمر رسول الله ﷺ بذلك، وأداء الأمانة لا يمكن إلا بحفظها، وذلك يكون في حرز مثلها[4].

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ٣١٢).

(٢) سورة النساء الآية (٥٨).

(٣) سبق تخريجه، ص٥٣.

(٤) المبدع (٥/ ٢٨٤)، كشاف القناع (٤/ ١٦٨)، هداية الراغب ص٣٩٨.

المسألة الأولى: حفظ المودع الوديعة فيما هو أكثر حفظاً من حرز مثلها.

تقدم في التمهيد أنه يجب على المودَع حفظ الوديعة في حرز مثلها عرفاً إذا لم يعيّن له المودِع حرزاً، ولكن هل يملك حفظها في غير حرز مثلها عرفاً إذا كان أحفظ من حرزها كأن يكون عرف الناس حفظ النقود في صناديق من خشب فيحفظها في خزانة من حديد، أو يكون العرف بوضع قفل واحد عليها فيضع أكثر من واحد، أو نحو ذلك، أو لا يملكه؟ وهل يضمن إذا فعل ذلك، أو لا يضمن؟

يملك المودَع حفظ الوديعة في حرز أكثر حفظاً من حرز مثلها، ولا يضمن إذا فعل ذلك[1].

الدليل:

أن المودِع بعدم تعيينه للحرز قد رضي بحرز المثل، ومن رضي بحرز رضي بما فوقه من باب أولى؛ لأن مقصوده الحفظ وهو أحفظ، فيملك المودَع حفظه في ذلك، ولا يضمن[2].

المسألة الثانية: حفظ المودع الوديعة فيما هو أقل حفظاً من حرز مثلها

تقدم في التمهيد أنه يجب على المودَع حفظ الوديعة في حرز مثلها عند عدم تعيين حرز له، ولكن هل يملك حفظها في غير حرز مثلها عرفاً إذا كان أقل حفظاً من حرزها كأن يكون عرف الناس حفظ النقود في خزائن من حديد فيحفظها في صندوق من خشب، أو يكون العرف حفظ البهائم من وراء الجدران المبنية فيحفظها من وراء ألواح من

(١) المهذب (١/ ٣٦٦)، الكافي لابن قدامة (٢/ ٣٧٤).

(٢) المرجعان السابقان.

خشب، أو نحو ذلك، أو لا يملكه؟

وهل يضمن إذا فعل ذلك، أو لا يضمن؟

لا يملك المودَع حفظ الوديعة في حرز أقل حفظاً من حرز مثلها، ويضمنها إذا فعل ذلك فتلفت[1].

الدليل:

أن الإيداع يقتضي الحفظ، فإذا أُطلق حُمل على المتعارف، وهو حرز المثل، وهو ما جرت العادة بحفظ مثلها فيه، فترك المودَع الوديعة فيما دون حرز مثلها يعد تفريطاً، فلا يملكه، ويضمن إن فعل[2].

المطلب الثاني: حفظ المودَع الوديعة في غير حرزها إذا عيّن له المودِع حرزاً

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: حفظ المودَع الوديعة في حرز مثل حرزها المعيّن أو أكثر حفظاً منه.

المسألة الثانية: حفظ المودَع للوديعة في حرز أقل حفظاً من حرزها المعيّن.

---

(١) المهذب (١/ ٣٦٦)، الكافي لابن قدامة (٢/ ٣٧٤)، العدة، ص٢٦٦، المبدع (٥/ ٢٣٤)، الإقناع للحجاوي (٢/ ٣٧٨).

(٢) المهذب (١/ ٣٦٦)، العدة ص٢٦٦، كشاف القناع (٤/ ١٦٨).

المسألة الأولى: حفظ المودَع الوديعة في حرز مثل حرزها المعين أو أكثر حفظاً منه

إذا عيّن المودِع للمودَع الحرز الذي يرغب في حفظ الوديعة فيه وجب عليه التقيد بذلك، سواء أكان حرز مثلها، أم أقل، أم أكثر، ويضمن إن خالف؛ لأنه عامل له في الحفظ، والعامل يتقيد بما يقيده به مستعمله.

فإذا أودعه نقوداً وأمره بوضعها في خزانة من خشب، أو أودعه غنماً فأمره بوضعها في أماكن محاطة بالحواجز الخشبية، أو نحو ذلك وجب عليه حفظها في ذلك.

ولكن هل يملك حفظها في حرز مثل الحرز الذي أعطاه إياها به إذا كانت بحرز، أو حفظها فيما هو أكثر حفظاً منه كأن أعطاه النقود في خزانة حديد فأخرجها ووضعها في مثله، أو أعطاه إياها في خزانة من خشب فأخرجها وحفظها في خزانة حديد، أو لم تكن في خزانة ولكنه أمره بحفظها في خزانة خشب فوضعها في خزانة حديد، أو لا يملكه؟ وهل يضمن إذا فعل ذلك، أو لا يضمن؟

نقل ابن قدامة الاتفاق على أنه إذا نقلها إلى مثل حرزها خوفاً عليها من سيل أو نحوه فلا ضمان عليه، حيث قال: «.. وإن خاف عليها سيلاً وتوى، يعني هلاكاً فأخرجها منه إلى حرزها فتلفت فلا ضمان عليه بلا خلاف أيضاً لأن نقلها في هذه الحالة تعيّن حفظاً لها وهو مأمور بحفظها..»[1] ومن باب

(١) المغني (٧/ ٢٨٥).

أولى إذا نقلها إلى ما وهو أكثر حفظاً.

أما إذا لم يخفَ عليها فاختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المودَع يملك حفظ الوديعة في حرز مثل حرزها المعين أو أكثر حفظاً منه، ولا يضمن، إلا إذا نهاه صاحبها عن ذلك.

وبهذا قال بعض الحنفية[1]، وبه قال الشافعية[2].

وهي الرواية المشهورة عن الإمام أحمد، وهو الصحيح من المذهب عند أصحابه[3].

القول الثاني: أن المودَع لا يملك حفظ الوديعة في حرز مثل حرزها المعين أو أكثر حفظاً منه، ويضمن.

وبهذا قال بعض الحنفية[4]، والإمام أحمد في رواية عنه، وبها أخذ بعض أصحابه[5].

القول الثالث: أن المودَع لا يملك حفظ الوديعة في حرز مثل حرزها المعين، ويملك حفظها فيما هو أكثر حفظاً منه، ولا يضمن إلا إذا نهاه صاحبها عن ذلك.

وبهذا قال بعض الحنابلة[6].

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٢١٠)، مجمع الضمانات ص٦٩.

(٢) الوجيز (١/ ٢٨٦)، المهذب (١/ ٣٦٦- ٣٦٧)، مغني المحتاج (٣/ ٨٤)، فتح الوهاب (٢/ ٢١).

(٣) المغني (٤/ ٢٨٥)، المذهب الأحمد ص١١٦، المحرر (١/ ٣٦٣)، الفروع (٤/ ٤٧٩)، المبدع (٥/ ٢٣٤- ٢٣٥)، الإنصاف (٦/ ٣١٨).

(٤) مجمع الضمانات ص٦٩- ٧٠.

(٥) الفروع (٤/ ٤٧٩)، المبدع (٥/ ٢٣٥)، الإنصاف (٦/ ٣١٨).

(٦) الفروع (٤/ ٤٧٩)، المبدع (٥/ ٢٣٥)، الإنصاف (٦/ ٣١٨).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن المودِع قد رضي الحرز الذي عيّنه، ومن رضي حرزاً رضي مثله، وما هو أكثر حفظاً منه، فيملك المودَع الحفظ فيه، ولا يضمن(١).

٢. أن تقييد المودَع بالحرز المعيّن يقتضي ما هو مثله، كمن اكترى أرضاً لزرع حنطة فله زرعها وزرع مثلها في الضرر، واقتضاء الإذن فيما هو أحفظ من باب أولى(٢).

٣. أن حفظ المودَع الوديعة فيما هو مثل الحرز المعيّن أو أكثر حفظاً منه لا يعد تفريطاً، فيملكه المودَع، ولا يضمن(٣).

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أن المودَع بحفظه الوديعة في حرز مثل الحرز المعين أو أكثر حفظاً منه يعد مخالفاً لأمر صاحبها من غير حاجة، فلا يملكه، ويضمن إن فعل، أشبه ما لو نهاه عن ذلك(٤).

---

(١) المهذب (١/ ٣٦٦)، العدة، ص٢٦٦.

(٢) المغني (٧/ ٢٨٥)، المبدع (٥/ ٢٣٥)، مطالب أولي النهى (٤/ ١٥٠)، كشاف القناع (٤/ ١٦٩).

(٣) مغني المحتاج (٣/ ٨٤).

(٤) العدة ص٢٦٦، المبدع (٥/ ٢٣٥).

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه وإن كان مخالفاً في الظاهر إلا أنه لم يخالف في الحقيقة؛ لأن مقتضى أمر المودع ومقصوده هو الحفظ، وهو حاصل بحفظها بما هو مثل حرزها المعيّن، وحاصل في حفظها بما هو أكثر حفظاً منه أكثر من حصوله به.

أدلة القول الثالث:

أولاً: الظاهر أنهم يستدلون على عدم ملكية المودَع حفظ الوديعة في حرز مثل حرزها المعيّن بما استدل به أصحاب القول الثاني، وقد سبقت مناقشته.

ثانياً: كما أن الظاهر أنهم يستدلون على ملكية المودَع حفظ الوديعة في حرز أكثر حفظاً من حرزها المعين بما استدل به أصحاب القول الأول.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المودَع يملك حفظ الوديعة في حرز مثل حرزها المعين أو أكثر حفظاً منه، ولا يضمن إلا إذا نهاه صاحبها عن ذلك؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن المقصود من الإيداع الحفظ وهو حاصل في هذه الحالة.

المسألة الثانية: حفظ المودَع الوديعة في حرز أقل حفظاً من حرزها المعيّن

إذا عين حرزاً لحفظ الوديعة كأن أعطى المودَع نقوداً وأمره بحفظها في خزانة من حديد، أو أعطاه غنماً وأمره بحفظها في مكان محاط ببناء، فهل

يملك حفظها في حرز أقل حفظاً من ذلك بأن يحفظ النقود في صندوق من خشب ويحفظ الغنم في مكان محاط بألواح من خشب أو نحوه، أو لا يملك ذلك؟ وهل يضمن إذا فعل ذلك، أولا يضمن؟

لا يملك المودَع حفظ الوديعة في حرز أقل حفظاً مما عينه المودِع إذا لم يخف عليها، ويضمن إذا فعل ذلك[1].

الأدلة:

١. أن المودِع قد رضي بالحرز الذي عينه، ومن رضي بحرز لم يرض بما دونه، فلا يملك المودَع إحراز الوديعة فيه، ويضمن[2].

٢. أن المودَع بحفظه الوديعة في حرز أقل حفظاً مما عنيه المودِع يعد مخالفاً للمودِع في حفظ ماله، فلا يصح، ويضمن[3].

٣. أن المودَع بحفظ الوديعة فيما هو أقل حفظاً من الحرز المعيّن يعد مفرطاً بتعريضها للتلف، فلا يصح، ويضمن[4].

أما إذا خاف عليها من التلف بسيل، أو غرق، أو حرق، أو نحو ذلك فقد فصّل ابن قدامة في ذلك، حيث قال: «..وإن نقلها إلى دون -يعني المحرز المعيّن- عند الخوف عليها نظرنا فإن أمكنه إحرازها بمثله أو أعلى

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٢١٠)، مجمع الضمانات ص٦٩- ٧٠، مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٤٧)، الوجيز (١/ ٢٨٦)، المهذب (١/ ٣٦٦- ٣٦٧)، روضة الطالبين (٦/ ٣٣١)، الكافي لابن قدامة (٢/ ٣٧٤)، العدة ص٢٦٦، الفروع (٤/ ٤٧٩)، المبدع (٥/ ٢٣٤)، الإنصاف (٦/ ٣١٧).

(٢) المهذب (١/ ٣٦٦)، الكافي لابن قدامة (٢/ ٣٧٤)، العدة ص٢٦٦.

(٣) المبدع (٥/ ٢٣٤)، مطالب أولي النهى (٤/ ١٤٩)، كشاف القناع (٤/ ١٦٩).

(٤) مغني المحتاج (٣/ ٨٤).

منه ضمنها أيضاً لتفريطه، وإن لم يمكنه إحرازها إلا بما دونــه لم يضمنـها لأن إحرازها بذلك أحفظ لها من تركه وليس في وسعه سواه»[1].

(١) المغني (٧/ ٢٨٥).

المبحث الحادي عشر
خلط المودَع الوديعة بغيرها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: خلط الوديعة بما لا تتميز عنه.

المطلب الثاني: خلط الوديعة بما تتميز عنه.

المطلب الأول: خلط المودَع الوديعة بما لا تتميز عنه

إذا كان عند إنسان وديعة فخلطها بغيرها فلم تتميز عما خلطها به كأن تكون نقوداً فيخلطها بنقود مثلها، أو زيتاً فيخلط بزيت، أو دهناً فيخلطه بدهن، أو نحو ذلك، فهل يضمن ويكون المخلوط كله للمودَع، أو له أن يشركه ولا يضمن، أو أنه لا يضمن في النقود ويضمن في غيرها؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المودَع إذا خلط الوديعة بما لا تتميز عنه ضمنها، ويكون المخلوط كله للمودَع.

وبهذا قال الإمام أبو حنيفة[(١)]، والمالكية[(٢)]، والشافعية[(٣)]، والإمام أحمد في الرواية المشهورة عنه، وبها أخذ أصحابه[(٤)].

القول الثاني: أن المودَع إذا خلط الوديعة بما لا تتميز عنه ضمن إلا إذا خلطها بجنسها كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير فالمودع بالخيار بين أن يضمِّنها المودَع، ويكون المخلوط كله له، وبين أن يشتركا فيه فيقتسماه.

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٢١٣)، الهداية (٣/ ٢١٥)، الاختيار (٣/ ٢٦)، مجمع الأنهر (٢/ ٣٤١)، اللباب (٢/ ١٩٧).

(٢) القوانين الفقهية ص٣٧٩، بلغة السالك (٢/ ١٩٩)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٢٠)، جواهر الإكليل (٢/ ١٤٠).

(٣) المهذب (١/ ٣٦٨)، حلية العلماء (٥/ ١٧٧)، مغني المحتاج (٣/ ٨٩).

(٤) المغني (٧/ ٢٨١)، المحرر (١/ ٣٦٤)، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (٢/ ٣٢)، الفروع (٤/ ٤٨٣)، الإنصاف (٦/ ٣٣١).

وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية[1].

القول الثالث: أن المودَع إذا خلط الوديعة بما لا تتميز عنه وكانت غير نقود ضمنها، وإن كانت نقوداً لم يضمن.

وبهذا قال الإمام أحمد في رواية عنه[2].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. أن المودَع إذا خلط الوديعة بما لا تتميز عنه فقد عجز المالك عن الانتفاع بالوديعة، فكان منه إتلافاً، فيضمن[3].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأن العجز عن الانتفاع غير وارد إذا كان الخلط بجنس الوديعة؛ لأن المودِع يستطيع الانتفاع بأخذ مقدار وديعته من المخلوط.

٢. أن خلط الوديعة بما لا تتميز عنه استهلاك لها من كل وجه؛ لأنه فعلٌ يتعذر معه وصول المودِع إلى عين حقه، فيضمنها المودَع[4].

٣. أن صاحب الوديعة لم يرض أن يخلط ماله بمال غيره، فيضمن المودَع إذا خلطه[5].

---

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٢١٣)، الهداية (٣/ ٢١٥)، الاختيار (٣/ ٢٦).

(٢) المبدع (٥/ ٢٤٠)، الإنصاف (٦/ ٣٣١).

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ٢١٣)، تبيين الحقائق (٥/ ٧٧- ٧٨).

(٤) الهداية (٣/ ٢١٥)، الاختيار (٣/ ٢٦)، مجمع الأنهر (٢/ ٣٤١)، البحر الرائق (٣/ ٢١٥)، اللباب (٢/ ١٩٧).

(٥) المهذب (١/ ٣٦٨)، مغني المحتاج (٣/ ٨٩).

٤.أن المودَع خلط الوديعة بما لا تتميز عنه، فوجب أن يضمنها، كما لو خلطها بدونها[١].

٥.أن المودَع بخلطه للوديعة بما لا تتميز عنه قد فوّت على نفسه إمكان ردّها، فلزمه ضمانها، كما لو ألقاها في لُجّة[٢] البحر[٣].

أدلة القول الثاني:

استُدل لصاحبي هذا القول بما يلي:

أولاً: استدل لهما على تعين الضمان إذا كان الخلط بغير جنس الوديعة بأدلة أصحاب القول الأول.

ثانياً: واستدل لهما على التخيير بين التضمين والاقتسام إذا كان الخلط بجنس الوديعة بما يلي:

أن المودِع لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة، ويمكنه معنى وذلك بالقسمة، فكان استهلاكاً من وجه دون وجه، فيميل إلى أيهما شاء[٤].

مناقشة هذا الدليل:

ناقش المرغيناني القول بأنه يمكنه الوصول إلى حقه معنى وذلك بالقسمة بقوله: «ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها[٥]»، وبهذا لا يمكنه الوصول إلى حقه صورة ومعنى.

---

(١) المغني (٧/ ٢٨١).

(٢) قال البعلي: اللُّجة: بضم اللام من البحر حيث لا يدرك قعره. المطلع ص٢٧٢.

(٣) المغني (٧/ ٢٨١)، والعدة ص٢٦٦، والمبدع (٥/ ٢٤٠).

(٤) الهداية (٣/ ٢١٥)، الاختيار (٣/ ٢٦)، مجمع الأنهر (٢/ ٣٤١)، اللباب (٢/ ١٩٧).

(٥) الهداية (٣/ ٢١٥-٢١٦).

أدلة القول الثالث:

استُدل لصاحب هذا القول بما يلي:

استدل له على الضمان في غير النقود بما استدل به أصحاب القول الأول. ولم أطلع على دليل له على القول بعدم الضمان في خلط النقود.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن المودَع إذا خلط الوديعة بما لا تتميز عنه ضمنها، ويكون المخلوط كله للمودَع؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من تحقيق المقصود من الإيداع وهو حفظ الوديعة.

المطلب الثاني: خلط الوديعة بما تتميز عنه

إذا كان عند إنسان وديعة فخلطها بغيرها، ولكنها متميزة عما خلطها به، كأن تكون ذهباً فخلطها بفضة، أو تمر فخلطه بقمح، أو نحو ذلك، فهل يضمن، أو لا يضمن؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المودَع إذا خلط الوديعة بما تتميز عنه لم يضمن إلا إذا حصل بالوديعة نقص بسببه.

وبهذا قال الشافعية(١)، والإمام أحمد في رواية عنه(٢).

---

(١) حلية العلماء (٥/ ١٧٧)، مغني المحتاج (٣/ ٨٩)، فتح الوهاب (٢/ ٢٢).

(٢) المغني (٧/ ٢٨٤)، المبدع (٥/ ٢٤٠)، وقد مثّل لذلك بما إذا خلط دراهم بيضاء بسود؛ لأنه يتغير لونها فتنقص قيمتها.

القول الثاني: أن المودَع إذا خلط الوديعة بما تتميز منه لم يضمن مطلقاً.

وهذا هو الظاهر من قول الحنفية[١]، ومن قول المالكية[٢]، ومما نص عليه الإمام أحمد، وهو الصحيح من مذهبه، وعليه أصحابه[٣].

حيث أطلق هؤلاء عدم الضمان عند خلط الوديعة بما تتميز منه.

القول الثالث: أن المودَع إذا خلط الوديعة بما تتميز من ضمن مطلقاً.

وبهذا قال الإمام أحمد في رواية عنه[٤].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم الضمان إذا لم يحصل بالوديعة نقص من الخلط بما يلي:

١. أن الوديعة تتميز في هذه الحالة، فلا يعجز المودَع عن ردّها، فلا يضمنها أشبه ما لو تركها مع أكياس له في صندوق[٥].

---

(١) النتف في الفتاوى (٢/ ٥٧٩)، مجمع الأنهر (٢/ ٣٤١).

(٢) القوانين الفقهية ص٣٧٩، حاشية الدسوقي (٣/ ٤٢٠).

(٣) الكافي لابن قدامة (٢/ ٣٧٨)، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (٢/ ٣٢)، المحرر (١/ ١٦٤)، الفروع (٤/ ٤٨٣)، الإنصاف (٦/ ٣٣٢).

(٤) الروايتين والوجهين (٢/ ٣٢)، المبدع (٥/ ٢٤٠)، الإنصاف (٦/ ٣٣٢)، وحمل بعضهم هذه الرواية على ما إذا نقصت الوديعة بالخلط.

(٥) المغني (٧/ ٢٨٤)، المبدع (٥/ ٢٤١).

٢.أن الضمان يتعلق بخلط الوديعة بما لا تتميز عنه، ولذا لو ترك المودَع ثوباً فوق الوديعة فإنه لا يضمن، فكذلك هنا[١].

ثانياً: ويمكن الاستدلال لهم على الضمان إذا حصل بالوديعة نقص من الخلط بما يلي:

أن المودَع قد تعدى على الوديعة فأنقص قيمتها، فيضمن النقص، كما لو أتلف جزءاً منها.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما استدل به أصحاب القول الأول على عدم الضمان إذا لم يحصل بالوديعة نقص من الخلط.

دليل القول الثالث:

استُدل لصاحب هذا القول بما يلي:

أن المودَع خلط الوديعة بغيرها، فكان عليه الضمان، كما لو كان لا يتميز[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه قياس مع الفارق؛ لأنه مع التمييز يمكن ردُّها، فلا تضمن بخلاف ما إذا لم تتميز فإنه لا يمكن الرد، فتضمن.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو

---

(١) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (٢/ ٣٢).

(٢) المرجع السابق.

القول القائل بأن المودَع إذا خلط الوديعة بما تتميز منه لم يضمن إلا إذا حصل بالوديعة نقص بسببه؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من تحقيق العدل بعدم تضمين المودَع مطلقاً، وعدم إضرار المودِع بتضمين المودَع النقص إذا حصل بالوديعة بسبب الخلط.

المبحث الثاني عشر
تلف الوديعة تحت يد المودَع، وضمانه

إذا كان عند إنسان وديعة فتلفت إما بسبب من قِبَله بتصرف من التصرفات السابقة، أو غيرها، أو بتعدي غيره عليها، فهل تعد أمانة في يده فلا يضمنها إلا بتعد أو تفريط، أو يضمنها مطلقاً؟

نقل الشيرازي الإجماع على أن الوديعة تعد أمانة فلا يضمنها المودَع إلا بتعد أو تفريط حيث قال: «والوديعة أمانة في يد المودَع فإن تلفت من غير تفريط تضمن لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.. وهو إجماع فقهاء الأمصار»[١].

وقال ابن رشد: «وجُل المسائل المشهورة بين فقهاء الأمصار في هذا الكتاب هي في أحكام الوديعة: فمنها أنهم اتفقوا على أنها أمانة لا مضمونة، إلا ما حُكي عن عمر بن الخطاب»[٢].

وقال ابن هبيرة: «واتفقوا على أن الوديعة أمانة، وأنها من القرب المندوب إليها، وأن في حفظها ثواباً، وأن الضمان لا يجب على المودَع إلا بالتعدي..»[٣].

---

(١) المهذب (١/ ٣٦٦).
(٢) بداية المجتهد (٢/ ٣١٠).
(٣) الإفصاح (٢/ ٢٣).

كما رمز للإجماع على ذلك ابن عبد الهادي في مغني ذوي الأفهام[١].

وبعد التمعُّن والتأمل في كتب الفقهاء اتضح أن هناك رواية عن الإمام أحمد يقول فيها بأن الوديعة إذا تلفت من بين مال المودَع فإنه يضمن مطلقاً سواء تعدى أو فرط أم لم يتعد ولم يفرط، فتكون المسألة محل خلاف، وذلك على قولين:

القول الأول: أن الوديعة أمانة في يد المودَع، فلا يضمنها إلا بتعدٍ أو تفريط مطلقاً.

وبهذا قال الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والشافعية[٤]، والإمام أحمد في الرواية الصحيحة والمشهورة عنه، وبها أخذ أصحابه[٥]، وابن حزم[٦].

القول الثاني: أن الوديعة إن تلفت من بين مال المودَع ضمن مطلقاً، وإلا لم يضمن إلا بتعد أو تفريط.

وبهذا قال الإمام أحمد في رواية عنه[٧].

---

(١) مغني ذوي الأفهام ص١٤٤.

(٢) الكتاب للقدوري (٢/ ١٩٦)، بدائع الصنائع (٦/ ٢١٠)، الهداية (٣/ ٢١٥)، تبيين الحقائق (٥/ ٧٦)، المختار (٣/ ٢٥).

(٣) التفريع (٢/ ٢٦٩- ٢٧٠)، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٨٠١)، المقدمات الممهدات (٢/ ٤٥٥)، القوانين الفقهية ص٣٧٩.

(٤) الوجيز (١/ ٢٨٤)، المهذب (١/ ٣٦٦)، روضة الطالبين (٦/ ٣٢٧)، مغني المحتاج (٣/ ٨١).

(٥) المغني (٧/ ٢٨٠)، المذهب الأحمد ص١١٦، العمدة ص٢٦٦، المبدع (٥/ ٢٣٣)، الإنصاف (٦/ ٣١٧)، الإقناع (٢/ ٣٧٨).

(٦) المحلى (٨/ ٢٧٧).

(٧) المغني (٧/ ٢٨٠)، العدة ص٢٦٦، المبدع (٥/ ٢٣٤)، الإنصاف (٦/ ٣١٧).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدلوا على عدم الضمان عند عدم التعدي أو التفريط بأدلة من الكتاب، والسنة، والآثار، والمعقول، وهي كما يلي:

من الكتاب:

١. قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ..﴾[١] الآية.

وجه الاستدلال:

قال ابن سعدي: «ويُستدل بهذه الآية على قاعدة، وهي: أن من أحسن على غيره، في نفسه، أو في ماله، ونحو ذلك ثم ترتب على إحسانه نقص أو تلف، أنه غير ضامن لأنه محسن، ولا سبيل على المحسنين»[٢].

ولا شك أن المودَع إذا حفظ الوديعة ولم يتعد ولم يفرط أنه محسن؛ لأنه متبرع بحفظ مال غيره.

٢. وقال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا..﴾[٣] الآية.

---

(١) سورة التوبة الآية (٩١).
(٢) تيسير الكريم الرحمن (٣/ ٢٨١).
(٣) سورة النساء الآية (٥٨).

وجه الاستدلال:

أن الله -سبحانه وتعالى- سمّى الوديعة أمانة في هذه الآية الكريمة فلا تضمن؛ لأن الضمان ينافي الأمانة[١].

ومن السنة:

١. ما رواه أبو بكر ﷺ أن رسول الله ﷺ قال في خطبته في حجة الوداع: «..إن دماءكم وأموالكم، وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا، في بلدكم هذا..»[٢] الحديث.

وجه الاستدلال:

قال ابن حزم في استدلاله بهذا الحديث: «فمال هذا المودَع حرام على غيره ما لم يوجب أخذه منه نص»[٣]

٢. ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «من أُودِعَ وديعة فلا ضمان عليه»[٤].

---

(١) المغني (٧/ ٢٨٠- ٢٨١)، العدة ص٢٦٦.

(٢) سبق تخريجه ص٥٥.

(٣) المحلى (٨/ ٢٧٧).

(٤) رواه بهذا اللفظ ابن ماجه في كتاب الصدقات -باب: الوديعة (٢/ ٨٠٢)، الحديث رقم ٢٤٠١، وقال في الزوائد: «هذا إسناد ضعيف لضعف المثنى والراوي عنه».
وقال ابن حجر: «وفيه المثنى بن الصباح وهو متروك، وتابعه ابن لهيعة فيما ذكره البيهقي». تخليص الحبير (٣/ ٩٧).
قال البيهقي: وروى ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ، قال: «من استودع و ديعة فلا ضمان عليه».
السنن الكبرى-كتاب الوديعة- باب لاضمان على مؤتمن (٦/ ٢٨٩).
وقال الألباني: «حسن». إرواء الغليل (٥/ ٣٨٥).
وسبق تخريجه بلفظ: «ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان» ص٥٥٢.

وهذا الحديث واضح الدلالة.

ومن الآثار:

١.ما روي عن أبي بكر الصديق ﷺ أنه قضى في وديعة كانت في جراب[١]، فضاعت من خرق الجراب أنه لا ضمان فيها[٢].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشته بأنه ضعيف كما ذكر ابن حجر في تخريجه.

٢.ما روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال: «العارية بمنزلة الوديعة لا ضمان فيها إلا أن يتعدى»[٣].

٣.ما روي أن علي بن أبي طالب، وعبد الله بن مسعود -رضي الله عنهما- قالا: «ليس على مؤتمن ضمان»[٤].

وهذه الآثار واضحة الدلالة.

ومن المعقول:

١.أن المودَع يحفظ الوديعة لصاحبها متبرعاً من غير نفع يرجع عليه،

---

(١) الجِراب -بكسر الجيم- الوعاء وجمعه أجْرِبة وجُرُب وجُرْب، قيل: هو وعاء من إهاب - أي جلد- الشاء لا يوعى فيه إلا يابس. تهذيب اللغة، مادة «جرب» (١١/ ٥٢)، ولسان العرب، مادة «جرب» (١/ ٢٦١).

(٢) رواه البيهقي في كتاب الوديعة -باب: لا ضمان على مؤتمن (٦/ ٢٨٩).
وقال ابن حجر: «وإسناده ضعيف» تلخيص الحبير (٣/ ٩٨).

(٣) سبق تخريجه، ص٥٥٣.

(٤) رواهما البيهقي في كتاب الوديعة -باب: لا ضمان على مؤتمن (٦/ ٢٨٩).
وعبد الرزاق في كتاب البيوع -باب: الوديعة (٨/ ١٨٢)، الأثر رقم ١٤٨٠١.

فلو لزمه الضمان مطلقاً لامتنع الناس من قبول الودائع، وذلك مُضر لما في الناس من الحاجة إليها لحفظ أموالهم[١].

٢.أن المودَع يحفظ الوديعة للمالك، فكانت يده كيده، فيكون هلاكها في يد المالك، فلا يضمن[٢].

ثانياً: واستدلوا على الضمان عند التعدي أو التفريط بأدلة من الكتاب، والمعقول، وهي كما يلي:

فمن الكتاب:

قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾[٣] الآية.

وجه الاستدلال:

يمكن توجيه الاستدلال بهذه الآية الكريمة بأن الله -سبحانه وتعالى- أباح الاعتداء على المعتدي بمثل اعتدائه، والمودَع إذا تعدى أو فرط فهو معتد على الوديعة؛ لأنه مأمور بحفظها، فيصح الاعتداء عليه بتضمينه إياها.

ومن المعقول:

أن المودَع إذا تعدى فهو متلف لمال غيره، فيلزمه ضمانه، كما لو

---

(١) الهداية (٣/ ٢١٥)، تبيين الحقائق (٥/ ٧٧)، المهذب (١/ ٣٦٦)، المغني (٧/ ٢٨١)، العدة ص٢٦٦، المبدع (٥/ ٢٣٤)، مطالب أولي النهى (٤/ ١٤٨)، كشاف القناع (٤/ ١٦٧).

(٢) تبيين الحقائق (٥/ ٧٧)، المهذب (١/ ٣٦٦).

(٣) سورة البقرة الآية (١٩٤).

أتلفه من غير استيداع، وإذا فرط فهو متسبب بترك ما وجب عليه من الحفظ، فيضمن أيضاً[١].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أولاً: استدل له على الضمان فيما إذا تلفت الوديعة من بين مال المودَع بما يلي:

ما رواه أنس بن مالك ﷺ أن عمر بن الخطاب ﷺ ضمّنه وديعة سرقت من بين ماله[٢].

وهذا الأثر واضح الدلالة.

مناقشة هذا الدليل:

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: ناقشه البيهقي، والمقدسي، وابن قدامة، وابن مفلح بأنه محمول على التفريط من أنس ﷺ في حفظها جمعاً بينه

---

(١) المغني (٧/ ٢٨١)، المبدع (٥/ ٢٣٤)، مطالب أولي النهى (٤/ ١٤٨)، كشاف القناع (٤/ ١٦٧).

(٢) رواه البيهقي في كتاب الوديعة -باب: لا ضمان على مؤتمن (٦/ ٢٨٩- ٢٩٠)، بهذا اللفظ، وبألفاظ مقاربة له.

وعبد الرزاق في كتاب البيوع -باب: الوديعة (٨/ ١٨٢)، الأثر رقم ١٤٧٩٩.

وصححه ابن حزم حيث قال: «وقد صحّ عن عمر بن الخطاب تضمين الوديعة». المحلى (٨/ ٢٧٧).

وقال الألباني: «صحيح». إرواء الغليل (٥/ ٣٨٦- ٣٨٧).

وبين ما ذكره أصحاب القول الأول من الأدلة[1].

الوجه الثاني: كما يمكن مناقشته بأنه قد روي عن عمر خلافه كما تقدم في أدلة أصحاب القول الأول.

ثانياً: أما قولهم بعدم الضمان فيما إذا تلفت من غير تعد أو تفريط ولم تتلف مع ماله، والضمان في حال التعدي أو التفريط فيمكن الاستدلال بما استدل به أصحاب القول الأول.

الترجيح:

الراجح في هذه المسألة -والله أعلم بالصواب- هو القول الأول القائل بأن الوديعة أمانة في يد المودَع، فلا يضمنها إلا بتعد أو تفريط مطلقاً؛ لقوة ما استدلوا به، ولما في ذلك من تحقيق ما تهدف إليه الشريعة الإسلامية عموماً ومشروعية الوديعة خصوصاً من التيسير على الناس بدفع حاجتهم في حفظ أموالهم وممتلكاتهم من التلف والضياع.

---

(١) السنن الكبرى (٦/ ٢٩٠)، العدة ص٢٦٦، المغني (٧/ ٢٨١)، المبدع (٥/ ٢٣٤).

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، أحمده أولاً وآخراً، وأشكره تعالى على ما منّ به عليّ من التوفيق في البدء والختام، وأصلي وأسلّم على المبعوث رحمةً للعالمين محمّد الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين ومن اهتدى بهديه وسار على نهجه إلى يوم الدين.

أما بعد..

فقد بذلت جهدي واستفرغت وسعي في جمع شتات هذا البحث وإخراجه، وتوخّيت في ذلك أفضل ما أستطيع من الإكمال والإتمام رغم أني أعلم -يقيناً- أني لم أبلغ فيه الكمال، ولم أصل إلى غاية المرام، وإنما هذا وسعي وقصارى جهدي فإن كنت وفقت فيه للصواب فهذا من فضل ربي -وله الحمد والمنة-، وإن أخطأت فأسأل الله أن يغفر لي خطئي ويمحو زلتي، وأسأله -تعالى- أن يجعل خير عملي آخره، وخير أيامي يوم لقائه، وأن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه، وأن ينفع به إخواني المسلمين إنه سميع مجيب.

ولا يخفى أن كل طالب علم يسلك مسلك البحث والتحقيق لا بدّ أن تظهر له ثمار ونتائج من خلال بحثه، ومن خلال معايشتي لهذا البحث ظهر لي عند الفراغ منه نتائج كثيرة، منها ما هو عام، ومنها ما هو خاص، ومن أبرزها ما يلي:

أولاً: النتائج العامة:

١. شدّة اعتناء الإسلام بحفظ أموال الناس وحمايتها من التلف والضياع

حيث منع من في يده أمانة من التصرفات الضارة بها إلا بإذن صاحبها، وأوجب الضمان عليه عند التلف أو الضياع بسبب تصرف من هذه التصرفات.

٢. ظهور دليل واضح من الأدلة الكثيرة على سماحة الإسلام، ويسر تعاليمه، ورفعه للحرج والمشقة عن الناس حيث شرع الائتمان، ولم يوجب الضمان في تصرفه على الأمين إلا عند التعدي أو التفريط؛ لأنه لو أوجبه مطلقاً لامتنع الناس من قبول الأمانات، وفي هذا حرج ومشقة عليهم في حفظ أموالهم، والانتفاع بها.

٣. ظهور دليل واضح من الأدلة الكثيرة على أن الإسلام دين العدالة والإنصاف، حيث لم يوجب الضمان على من في يده أمانة لغيره مطلقاً؛ لأن في ذلك ظلماً له إذا لم يتعد في تصرفه، ولم يفرط في الحفظ، ولم يبرئ ساحته مطلقاً؛ لأن في ذلك ظلماً لصاحب الأمانة، فأوجب عليه الضمان عند التعدي أو التفريط.

ثانيا: النتائج الخاصة:

١. ملكية الشريك لبيع مال الشركة نسئية بدون إذن شريكه، وعدم ملكيته للشراء لها إلا بإذن شريكه إلا إذا كان الثمن عنده.

٢. عدم ملكية الشريك للبيع والشراء بغبن فاحش.

٣. ملكية الشريك للبيع والشراء بالعَرْض مطلقاً.

٤. ملكية الشريك للإقالة في بيع مال الشركة مطلقاً.

٥. عدم ملكية الشريك لإقراض مال الشركة إلا بإذن شريكه.

٦. عدم ملكية الشريك للاستدانة على مال الشركة إلا بإذن شريكه.

٧. ملكية الشريك لرهن وارتهان مال الشركة عند الحاجة بدون إذن شريكه.

٨. ملكية الشريك للإحالة على مال الشركة والاحتيال به بدون إذن شريكه.

٩. عدم ملكية الشريك لأخذ السفتجة وإعطائها بمال الشركة إلا بإذن شريكه.

١٠. عدم ملكية الشريك لتوكيل غيره على مال الشركة إلا بإذن شريكه إلا فيما يعجز عنه، أو لا يليق به مباشرته بنفسه.

١١. عدم ملكية الشريك للمشاركة بمال الشركة إلا بإذن شريكه، أو إطلاق التصرف له.

١٢. عدم ملكية الشريك للمضاربة بمال الشركة إلا بإذن شريكه، أو إطلاق التصرف له.

١٣. عدم ملكية الشريك لإبضاع مال الشركة إلا بإذن شريكه، أو إطلاق التصرف له.

١٤. ملكية الشريك للاستئجار للشركة وإجارة ما لها بدون إ ذن شريكه.

١٥. عدم ملكية الشريك لإعارة مال الشركة إلا بإذن شريكه.

١٦. عدم ملكية الشريك لإيداع مال الشركة إلا بإذن شريكه إلا عند الحاجة إليه.

١٧. عدم ملكية الشريك للتبرع من مال الشركة إلا بإذن شريكه.

١٨. عدم ملكية الشريك للإبراء من مال الشركة بدون إذن شريكه، فإن فعل ثبت في نصيبه دون نصيب شريكه.

١٩. عدم ملكية الشريك لإعتاق عبد الشركة أو أمتها ولو على مال، ولا مكاتبتها إلا بإذن شريكه.

٢٠. عدم ملكية الشريك لتزويج عبد الشركة أو أمتها إلا بإذن شريكه.

٢١. عدم ملكية الشريك لوطء أمة الشركة، بل يحرم عليه ذلك.

٢٢. عدم ملكية الشريك للإقرار بالدين على الشركة لمن لا تقبل شهادته له ويلزم في نصيبه فقط، وملكيته للإقرار لأجنبي ويلزمه في نصيبه ونصيب شريكه إذا كانت الشركة قائمة.

٢٣. ملكية الشريك للسفر بمال الشركة مع أمن الطريق، وعدم ملكيته له مع خوفه.

٢٤. عدم ملكية الشريك لخلط مال الشركة بماله إلا بإذن أو تفويض من شريكه.

٢٥. أن الشريك يعد أميناً على ما تحت يده من مال الشركة، فلا يضمن إلا بتعد، أو تفريط.

٢٦. ملكية المضارب للبيع والشراء نسيئة مطلقاً.

٢٧. عدم ملكية المضارب للبيع والشراء بغبن فاحش إلا بإذن رب المال، فإن فعل صح البيع والشراء وضمن قيمة ما حصل بالغبن.

٢٨. ملكية المضارب للبيع والشراء بالعَرْض مطلقاً.

٢٩. عدم ملكية المضارب للبيع على مال المضاربة والشراء منه إذا كان قد ظهر في المال ربح، وملكيته لذلك إذا لم يظهر ربح.

٣٠. ملكية المضارب للبيع على أقاربه من مال المضاربة بقيمة المثل فأكثر، والشراء منهم لها بقيمة المثل فأقل، وعدم ملكيته لذلك إذا كان بغبن مطلقاً.

٣١.عدم ملكية المضارب للبيع على رب المال، ولا الشراء منه.

٣٢.عدم ملكية المضارب للبيع بنقد البلد إلا إذا أذن له رب المال أو أطلق له التصرف وكان النقد رائجاً في بلد العقد.

٣٣.عدم ملكية المضارب للمعيب إلا إذا رأى المصلحة في ذلك، وملكيته للرد بالعيب إذا اشترى سليماً، أو الإبقاء مع أخذ الأرش إذا رأى المصلحة فيه.

٣٤.عدم ملكية المضارب لشراء المحرمات وبيعها مطلقاً.

٣٥.أن المضارب لا يملك شراء من يعتق على رب المال، فإن فعل صح الشراء وكان له لا للمضاربة، أما إذا اشترى من يعتق عليه هو فإن لم يظهر في المال ربح صح الشراء للمضاربة ولم يعتق، وإن ظهر ربح لم يملك الشراء، فإن فعل صح له لا للمضاربة وعتق منه بقدر نصيبه.

٣٦.عدم ملكية المضارب لإقراض مال المضاربة إلا بإذن رب المال.

٣٧.عدم ملكية المضارب للاستدانة على مال المضاربة إلا بإذن رب المال أو تفويضه إذا رأى المصلحة في ذلك، فإن فعل فإن ما استدانه يكون له ويدفع ثمنه من ماله الخاص، ويختص بربحه وخسارته.

٣٨.ملكية المضارب لرهن مال المضاربة، وأخذ الرهن عليه مطلقاً.

٣٩.عدم ملكية المضارب لأخذ السفتجة بمال المضاربة، ولا إعطائها إلا بإذن رب المال.

٤٠.عدم ملكية المضارب للتوكيل على مال المضاربة إلا بإذن رب المال، إلا فيما لا يتولاه بنفسه.

٤١.عدم ملكية المضارب للمشاركة بمال المضاربة، ودفعه مضاربة، إلا بإذن رب المال أو تفويضه.

٤٢.عدم ملكية المضارب لإبضاع مال المضاربة إلا بإذن رب المال أو تفويضه.

٤٣.عدم ملكية المضارب للاستئجار للمضاربة إلا بإذن رب المال إذا كان مما جرت العادة أن يتولاه بنفسه، فإن فعل ضمنه من ماله الخاص، ويملكه فيما لا يتولاه بنفسه وما يحتاج إليه.

٤٤.عدم ملكية المضارب لإيداع مال المضاربة إلا بإذن رب المال إلا عند الحاجة لذلك كالخوف عليه من التلف أو الضياع.

٤٥.عدم ملكية المضارب للتبرع بشيء من مال المضاربة إلا بإذن رب المال.

٤٦.عدم ملكية المضارب لإعتاق عبد المضاربة أو أمتها، أو مكاتبتهما إلا بإذن رب المال.

٤٧.عدم ملكية المضارب لتزويج عبد المضاربة أو أمتها إلا بإذن رب المال.

٤٨.عدم ملكية المضارب لوطء أمة المضاربة، فإن فعل عالماً بالتحريم ولم يظهر ربح وجب عليه الحد، وإلا لم يجب ولكن يعزر، ويجب عليه المهر للمضاربة إذا لم تحمل، وإن حملت فعليه المهر والولد رقيق ولا تصير أم ولد له إذا لم يظهر ربح، وإن ظهر فعليه قيمتها والولد حر وتصير أم ولد له.

٤٩.أن المضارب لا يستحق النفقة من مال المضاربة لا في الحضر ولا في السفر إلا باشتراط أو عادة، وتكون بالمعروف فإن زاد ضمن الزيادة، وتدخل الكسوة فيها فيستحقها المضارب إذا كانت مطلقة عند الاشتراط وإلا فلا، ولا يدخل فيها العلاج.

٥٠. ملكية المضارب لخلط مال المضاربة بغيره إذا استطاع أن يتجر بالمالين إذا أذن له رب المال أو فوّضه، ولا يملكه إذا لم يستطع الاتجار بهما ولو فوّضه.

٥١. أن المضارب يعد أميناً على ما تحت يده من مال المضاربة، فلا يضمن إلا بتعد أو تفريط.

٥٢. عدم ملكية عامل المساقاة غيره على الشجرة إلا بإذن صاحبها.

٥٣. أن عامل المساقاة يعد أميناً على ما تحت يده، فلا يضمن إلا بتعد أو تفريط.

٥٤. عدم ملكية عامل المزارعة لمزارعة غيره إلا بإذن صاحب الأرض.

٥٥. عدم ملكية عامل المزارعة لزراعة غير ما أمر به مطلقاً، أي سواء كان أقل منه ضرراً أم مثله، أم أكثر.

٥٦. أن عامل المزارعة يعد أميناً على ما تحت يده، لا يضمن إلا بتعد أو تفريط.

٥٧. عدم ملكية المستأجر لرهن العين المستأجرة إلا إذا استأجرها لذلك.

٥٨. عدم ملكية المستأجر لإجارة العين المستأجرة قبل قبضها إلا للمؤجر بشرط ألا تكون حيلة وملكيته لذلك بعد قبضها سواء كان بمثل ما استأجرها به أم أقل أم أكثر بشرط أن تكون لمن يقوم مقامه في الانتفاع أو دونه في الضرر أم أقل أم أكثر وبقدر المدة التي استأجرها فيها، وأن يكون المستأجر أميناً.

٥٩. ملكية المستأجر لإعارة العين المستأجرة إذا كانت لمن يقوم مقامه في الانتفاع، أو دونه، وبقدر المدة التي استأجرها فيها، وكانت لأمين.

٦٠. ملكية المستأجر لإيداع العين المستأجرة بشرط أن يكون المودَع أميناً.

٦١. ملكية المستأجر لاستيفاء منفعة العين المستأجرة بالوكيل ونحوه ممن يقوم مقامه في الضرر أو دونه.

٦٢. ملكية المستأجر لزراعة ما استأجر الأرض لزراعته وما هو مثله أو دونه في الضرر لا ما هو أكثر إذا صرح بذلك عند العقد، وملكيته لزراعة مثل النوع المعين في العقد في الضرر أو دونه، لا ما هو أكثر إذا كان قد استأجر الأرض لزراعة نوع معين، فإن تعدى وزرع ما هو أكثر ضرراً لزمه المسمى في العقد وأجرة المثل للزيادة.

٦٣. عدم ملكية المستأجر لتجاوز المسافة التي عقد على السفر إليها، فإن تجاوزها لزمه المسمى وأجرة المثل للزيادة، فإن تلفت حال التجاوز ولم يكن صاحبها معها فإن المستأجر يضمنها بقيمتها، وإن كان صاحبها معها فإنها إن كانت في يد المستأجر أو له حمل عليها ضمنها بجميع قيمتها، وإن كان قد سلمها لصاحبها ليمسكها أو ليسقيها فإنه لا يضمنها إلا إذا كان التلف بسبب تعبها من السير ونحوه، أما إذا كان التلف بعد إعادتها إلى المكان الذي عقد عليه فإنه لا يبرأ من الضمان فلا يبرأ منه إلا بتسليمها لصاحبها.

٦٤. ملكية المستأجر للحمل على العين المستأجرة حمولة مثل ما عقد عليه أو دونه لا أثقل منه، فإن تعدى فحمل ما هو أثقل لزمه الأجر المسمى وأجرة المثل للزيادة، فإن تلفت ضمنها بجميع قيمتها إذا كان عليها حمله حال التلف، وإن لم يكن عليها لم يضمنها إلا إذا كان التلف بسبب تعبها من الحمل.

٦٥. أنه يجب على كل من الأجير الخاص والمشترك التصرف فيما تحت يده حسب ما طلب منه القيام به، وأنه يعد أميناً على ما تحت يده

فلا يضمن إلا بتعد أو تفريط.

٦٦. أنه يجب على الطبيب ألا يتصرف إلا حسب ما طلب منه، فلا يتعداه إلى غيره، وأنه لا يضمن إذا كان حاذقاً ولم تجن يده، ويضمن إذا لم يكن حاذقاً ولم يعلم المريض بذلك أما إذا علم فلا ضمان عليه، ويضمن إذا كان حاذقاً فجنت يده خطأ، ولا يضمن إذا عالج ولم يتعد في علاجه سواء أذن له أم لم يؤذن.

٦٧. أنه يجب على الراعي التصرف في البهائم حسب وظيفته، ولا يضمن إلا بتعد أو تفريط.

٦٨. عدم ملكية الوكيل للبيع نسيئة عند إطلاق العقد إلا بإذن الموكل، وكذلك إذا وكّل في البيع نقداً وكان بقيمة النقد أو كان بقيمة نسيئة وكان في وقت لا يؤمن النهب والسرقة أو لحفظه مؤنة، وملكيته لذلك إذا كان في وقت يؤمن النهب والسرقة وليس لحفظه مؤنة، وعدم ملكيته لذلك إذا وكّل في البيع نقداً.

٦٩. ملكية الوكيل للشراء نسيئة عند إطلاق العقد إذا كان بالثمن الذي قدره له الموكل، ولم يتضرر الموكل بذلك، وعدم ملكيته للشراء نقداً إذا وكل بالشراء نسيئة، وعدم ملكيته للشراء نسيئة إذا وكّل في الشراء نقداً وكان البيع بأكثر من ثمن النقد، أما إذا كان بثمن النقد فإن كان الموكل يتضرر به كأن يتضرر بحفظ الثمن لم يملكه، وإن لم يتضرر ملكه.

٧٠. عدم ملكية الوكيل للبيع بغير نقد البلد إلا إذا عينه الموكل، فإن كان هناك أكثر من نقد باع بأغلبها، فإن تساوت فبأيها شاء.

٧١. عدم ملكية الوكيل للبيع بالعَرْض إلا بإذن الموكل.

٧٢. ملكية الوكيل لتجزئة ما وكل ببيعه إذا كان المبيع مما لا يتضرر الموكل بتجزئته ولم يأمر الموكل ببيعه صفقة واحدة، وعدم ملكيتها لذلك إذا كان مما يتضرر الموكل بتجزئته في البيع إلا إذا باع الجزء بثمن الكل.

٧٣. ملكية الوكيل في البيع لقبض الثمن إلا إذا نهاه الموكل عنه، وملكيته لتسليم المبيع للمشتري بعد قبض ثمنه.

٧٤. ملكية الوكيل في الشراء لقبض المبيع إلا إذا نهاه الموكل عنه، وملكيته لتسليم الثمن للبائع.

٧٥. عدم ملكية الوكيل لشراء المعيب، فإن فعل وكان العيب مضراً بحيث يرد به شرعاً وكان عالماً به لم يلزم الموكل إلا أن يرضى به، وإن لم يعلم به صح البيع وله رده عند العلم به، وأما إذا كان العيب يسيراً وفيه مصلحة فإن الشراء يصح ويلزم الموكل.

٧٦. عدم ملكية الوكيل لإبراء المشتري من الثمن ولا يصح إلا بإذن الموكل.

٧٧. عدم ملكية الوكيل للبيع بدون ثمن المثل، فإن فعل صح وضمن النقص، وعدم ملكيته للشراء بأكثر منه، فإن فعل صح وضمن الزيادة.

٧٨. عدم ملكية الوكيل للبيع على نفسه، ولا الشراء منها إلا بإذن الموكل، وعدم ملكيته للبيع على من لا تقبل شهادته لهم، ولا الشراء منهم إلا بإذن الموكل.

٧٩. عدم ملكية الوكيل للصلح عن موكله إلا بإذنه.

٨٠. ملكية الوكيل للتوكيل فيما وكّل فيه إذا أذن له الموكل به، وعدم

ملكيته له إذا نهاه الموكل عنه، أما عند الإطلاق فلا يملكه إلا فيما يعجز عنه، أو لا يليق به مباشرته بنفسه، ويشترط أن يكون وكيل الوكيل أميناً إلا إذا كان بتعيين من الموكّل الأول.

٨١. عدم ملكية أحد الأولياء الانفراد بالتصرف إذا تعددوا إلا بإذن الموكل سواء أكان هذا الإذن باشتراط أم بدونه إلا في الخصومة.

٨٢. عدم انعزال الوكيل حتى يعلم بالعزل، فتصح تصرفاته بعد العزل وقبل علمه به.

٨٣. أن الوكيل يعد أميناً على ما وُكّل عليه، فلا يضمنه إذا تلف إلا إذا كان التلف بتعد أو تفريط منه.

٨٤. أن منافع العارية ليست مملوكة للمستعير، بل هي مباحة له.

٨٥. جواز رهن المستعير للعارية إذا استعارها لذلك، وعدم ملكيته لذلك إذا لم يستعرها من أجله إلا بإذن صاحبها.

٨٦. ملكية المستعير لاستيفاء المنفعة التي عقد عليها بوكيله.

٨٧. ملكية المستعير لإجارة العارية إذا أذن له صاحبها، وعدم ملكيته لذلك إذا كان العقد مطلقاً.

٨٨. عدم ملكية المعير لإعارة العارية إلا بإذن صاحبها.

٨٩. عدم ملكية المستعير لإيداع العارية إلا بإذن صاحبها.

٩٠. ملكية المستعير بكل وجوه الانتفاع التي ينتفع بمثل العين المستعارة، وبما يشاء من المدة إذا كانت مطلقة من جهة ذلك، ولا يملك إلا مقدار ما أذن له إذا كانت مقيدة.

٩١. أن العارية تعد أمانة في يد المستعير، فلا يضمنها إلا بتعد أو تفريط.

٩٢. أن ملكية العين الموقوفة إذا كانت موقوفة على معيّن تنتقل إلى الله

-سبحانه وتعالى-، وإن كانت على نحو مسجد ومقبرة فإنه لا ملك لأحد عليها.

٩٣.أن للواقف حق النظر على الوقف، ثم من يشترطه، فإن لم يشترط ولم يعين أحداً فإن كان عدد الموقوف عليهم غير محصور كالفقراء والمساكين، أو كان على مسجد أو مدرسة ونحوهما فإن النظر للقاضي، وكذلك إذا كانوا محصورين وللقاضي أن يولي عليه من شاء.

٩٤.أنه يصح الوقف إذا اشترط الواقف استبداله، ولا أثر لهذا الشرط، ولا يملك الناظر استبداله إذا لم تتعطل منافعه ولم يكن هناك مصلحة راجحة، ويملكه إذا كان هناك مصلحة راجحة، أو تعطلت منافعه، ولا يملك بيع المساجد واستبدالها إلا إذا تعطلت. ويملك بيع الوقف المنقول واستبداله إذا ذهبت منفعته.

وقد اشترط بعض الفقهاء شروطاً لاستبدال الوقف، وهي: ألا يكون البيع بغبن فاحش، وأن تخرج العين عن الانتفاع بالكلية، وألاّ يكون هناك ريع للوقف يعمر به، وأن يكون البدل عقاراً كالمبدل، وأن يكون البدل في محلة واحدة، أو الأخرى خير، وأن يكون البدل والمبدل من جنس واحد، وألاّ يستبد الناظر بالاستبدال بل لا بد من إذن القاضي. ويملك الناظر الاستبدال لو شرط الواقف عدمه.

٩٥.ملكية الناظر لنقل الوقف إذا كان عقاراً إلى غير محلته وغير بلده إذا كان في النقل مصلحة مطلقاً، وملكيته كذلك لنقله إذا كان منقولاً إذا كانت هناك مصلحة.

٩٦.ملكية الناظر لتغيير هيئة الوقف إذا كان فيه -أي التغيير- مصلحة.

٩٧.أنه يتعين على الناظر صرف فاضل الوقف في جنس ما وقف فيه.

٩٨.ملكية الناظر للاستدانة على الوقف إذا كان فيها مصلحة له بشرط أخذ إذن القاضي أو نائبه فيها، وأن تكون المصلحة فيها متحققة كقيام الحاجة إلى الاستدانة لعمارته أو نحو ذلك.

٩٩.عدم صحة الرجوع في الوقف المطلق، فلا يصح بيعه ومن ثمّ لا يجوز رهنه، كما لا يملك الناظر أخذ الرهن على عواري الأوقاف.

١٠٠.ملكية الناظر لتوكيل من ينوب عنه في التصرفات التي يملكها في الوقف أو بعضها.

١٠١.جواز تفويض الناظر غيره في النظارة على الوقف إذا كان ممن له الولاية الأصلية على الوقف، وعدم صحتها من المتولي ولاية فرعية بغير إذن ممن ولاه مطلقاً سواء كان في الصحة أم في مرض الموت.

١٠٢.ملكية الناظر لإجارة الوقف سواء كان هو الموقوف عليه أم غيره، وذلك بأجرة المثل أو أكثر منها أو أقل بشيء يسير مما يتغابن الناس فيه في العادة، ويملكها بغبن فاحش إذا كان هو الموقوف عليه، أما إذا لم يكن هو الموقوف عليه فتصح الإجارة ولكن يضمن ما نقص من أجرة المثل، ويجب أن تكون بمقدار المدة التي اشترطها الناظر، فإذا لم يشترط فإنه لا يملك الإجارة الطويلة، كما أنه يستحق أخذ الأجرة على نظارته إذا شرطها له الواقف، ولا يستحق أخذها إذا لم يشرطها له الواقف إلا بإذن القاضي إلا إذا كان مشهوراً بالأخذ على عمله، ومقدارها جميع ما شرط له الواقف إن كان قد شرط، وإلا فله أجرة المثل.

١٠٣.ملكية الناظر لإعارة الوقف إذا كان قد وقف أصلاً لها كآلات

الحرب، وكتب العلم، ولا يملك إعارته إذا كان هو الموقوف عليه ولم يقيد الواقف حق الموقوف الانتفاع دون المنفعة.

١٠٤. عدم ملكية الناظر للتبرع بشيء من الوقف.

١٠٥. أن الناظر يصرف الفاضل من ريع الوقف إذا كان على جهة عامة في مثل ما وقف عليه، أما إذا كان على معين فإنه إن كان يفضل في بعض الأحيان تعين إرصاده، وإن كان يفضل دائماً فإنه يجب صرفه للمستحق، وإذا انقرض الموقوف عليهم فإن الناظر يصرف الريع للفقراء والمساكين ويقدّم الفقراء من أقارب الواقف على غيرهم.

١٠٦. لا يجوز للناظر ولا غيره استخدام الوقف في غير ما وضع له إلا في بعض الأشياء التي استثناها بعض الفقهاء.

١٠٧. عدم ملكية أحد النظار للانفراد بالتصرف إذا تعددوا إلا إذا كان النظر قد شرط لكل واحد منهم على انفراد.

١٠٨. أن الوقف يعد أمانة في يد الناظر فلا يضمنه إذا تلف إلا بتعد أو تفريط.

١٠٩. وجوب الزكاة في مال الصغير أو المجنون وبناءً عليه يجب على الوصي أو القاضي إخراجها من ماله -أي مال الصغير أو المجنون-.

١١٠. ملكية الوصي أو القاضي للتضحية من مال الصغير أو المجنون إذا كان موسراً.

١١١. ملكية الوصي أو القاضي لبيع مال الصغير أو المجنون نقداً، ولا يملك بيعه نسيئة، ولا بالعَرْض إلا إذا كان فيه غبطة ومصلحة لهما، ولا يملك بيع ماله عليهما ولا الشراء من مالهما مطلقاً، ويملك بيع عقارهما وشراء العقار لهما إذا كان فيه مصلحة لهما، ويملك شراء

اللعب للصغير من ماله -أي مال الصغير- إذا لم تشتمل على صورة محرمة، ولم تكن مما يعلم الأعمال المحرمة، وهي مما يفيده بالتمرن على عمل مباح يستفيد منه في المستقبل.

١١٢. عدم ملكية الوصي أو القاضي لاقتراض مال الصغير أو المجنون لغير الأكل، وملكيته لإقراض مالهما للمصلحة أو الحاجة بشرط أن يكون المقرض ثقة مليئاً، والأولى أن يأخذ رهناً بذلك.

١١٣. ملكية الوصي أو القاضي لرهن مال الصغير أو المجنون بدين لهما عند الحاجة إلى ذلك كحاجتهما إلى النفقة أو الكسوة إذا كان الرهن عند ثقة، ولا يملكه عند عدم الحاجة أو إذا لم يكن عند ثقة، ولا يملك -أي الوصي أو القاضي- رهنه بدين لنفسه.

١١٤. ملكية الوصي لتوكيل غيره على مال الصغير أو المجنون مطلقاً.

١١٥. ملكية الوصي أو القاضي للمشاركة بمال الصغير أو المجنون إذا كان ذلك مع ثقة أمين، ويملك المضاربة به أيضاً إذا كان ذلك في المواضع الآمنة، ولا يستحق شيئاً من الربح، ويملك دفعه إلى غيره مضاربة بشرط أن يكون المدفوع إليه أميناً.

١١٦. ملكية الوصي أو القاضي لإبضاع مال الصغير أو المجنون إذا كان المبضع أميناً.

١١٧. ملكية الوصي أو القاضي لإجارة مال الصغير أو المجنون إذا كانت في مصلحتهما، ويملك الاستئجار لعلاجهما، بل يجب إذا كان المرض مما يؤدي إلى الوفاة في الغالب، ويملك الاستئجار لتعليم الصغير إذا لم يجد من يعلم مجاناً أو وجد ولكن تبين له أن ما يعلم يشتمل على ما يضر بالصغير.

١١٨. عدم ملكية الوصي أو القاضي لإعارة مال الصغير أو المجنون.

١١٩. يجب على الوصي أو القاضي طلب الشفعة والأخذ بها إذا كان فيها حظ للصغير أو المجنون، ولا يصح له ذلك إذا لم يكن فيه حظ لهما.

١٢٠. ملكية الوصي أو القاضي لإيداع مال الصغير أو المجنون بشرط أن تكون هناك حاجة لذلك، وأن يكون عند ثقة.

١٢١. عدم ملكية الوصي أو القاضي لهبة مال الصغير أو المجنون بدون عوض، وكذلك إذا كانت بعوض إلا أن يكون مثل قيمة الموهوب أو أكثر.

١٢٢. عدم ملكية الوصي لإيصاء غيره على مال الصغير أو المجنون إذا كانت الوصية مطلقة، أو نهاه الموصي عن ذلك، ويملكها إذا أذن له.

١٢٣. عدم ملكية الوصي أو القاضي لإعتاق عبد الصغير أو المجنون مجاناً إلا إذا كان فيه مصلحة لهما، وكذلك لا يملك مكاتبته إلا إذا كان فيها حظ ومصلحة لهما.

١٢٤. عدم ملكية الوصي أو القاضي للأكل من مال الصغير أو المجنون إذا كان غنياً، ويملكه الوصي إذا كان فقيراً، وكذلك القاضي إذا لم يكن له رزق من بيت المال، ومقدار ذلك الأقل من أجرة المثل أو قدر كفايته، وهذا الأكل على سبيل الإباحة فلا يلزمه عوضه إذا أيسر.

١٢٥. ملكية الوصي لخلط طعامه بطعام الصغير أو المجنون إذا كان فيه مصلحة لهما.

١٢٦. ملكية الوصي أو القاضي للسفر بمال الصغير أو المجنون للتجارة

إذا كان ذلك في المواضع الآمنة، ولا يملك المسافرة بـه لغـير التجـارة إلا بشرطـين وهمـا: أن يكـون في المواضـع الآمنـة، وأن يكـون فيـه مصلحة.

١٢٧. ملكية الوصي أو القاضي لبناء العقار للصغير أو المجنـون إذا رأى المصلحة في ذلك، وذلك بما جرت عادة أهل بلده البناء به.

١٢٨. ملكية أحد الأوصياء للانفراد بالتصرف إذا صرح الموصي بأنه لـه الحق بذلـك، وليـس لـه ذلـك إذا صـرح الموصـي بالاجتمـاع علـى التصرف، أو أطلق.

١٢٩. أن كلاً من الموصي والقاضي يعد أميناً على ما تحت يده من مـال الصغير أو المجنون، فلا يضمن إلا بتعد أو تفريط.

١٣٠. عدم ملكية المرتهن لبيع الرهن للاستيفاء عنـد حلـول الأجـل إلا بإذن الرهن.

١٣١. عدم ملكية المرتهن لرهن ما ارتهنه إلا بإذن الراهن.

١٣٢. عدم ملكية المرتهن لإجارة الرهن وإعارته إلا إذا أذن له الراهـن، ولا يخرج عن الارتهان بذلك.

١٣٣. عدم ملكية المرتهن للانتفاع بالرهن إذا كان سببه القرض، ويملكـه إذا كان سبب الرهن البيع ونحوه إذا أذن له الراهن به، أما إذا لم يأذن فإما أن يحتاج إلى مؤنة أو لا، فإن احتاج إلى مؤنة وكان حيواناً محلوباً أو مركوباً ملك الانتفاع به بقدر النفقة متحريـاً للعـدل سـواء امتنـع الراهن من الإنفاق أم لم يمتنع، وإن كان غير محلوب ومركوب كالعبد والأمة لم يملك الانتفاع به في العمل والخدمة، ولا يجـوز لـه الانتفـاع بالأمة في الوطء، فإن فعل بغير إذن الراهن وجب عليه المهر، ويجـب

عليه الحد إذا كان عالماً بالتحريم ولا شبهة.

أما إذا كان مما لا يحتاج إلى مؤنة فإنه لا يملك الانتفاع به إلا بإذن الراهن.

١٣٤. عدم ملكية الراهن للسفر بالرهن إلا بإذن الراهن.

١٣٥. أن يد المرتهن تعد يد أمانة فلا يضمن الرهن إذا تلف إلا بتعد أو تفريط، وإذا لزمه الضمان ضمنه بقيمته ويبقى الدين ثابتاً على حاله في ذمة الراهن.

١٣٦. صحة وضع الراهن والمرتهن الرهن في يد عدل يتفقان عليه.

١٣٧. عدم ملكية العدل لبيع الرهن للوفاء إلا بإذن الراهن سواء كان الإذن عند العقد أم بعده، وإذا أذن له الراهن بذلك فإنه لا يملك البيع نسيئة. ويبيع بالنقد المعيّن له، فإن لم يعين له نقداً لزمه البيع بنقد البلد إذا لم يكن فيه إلا نقد واحد، فإن كان فيه أكثر من نقد فيبيع بالأغلب، فإن تساوت باع بجنس الدين، فإن لم يكن فيه جنسه باع بما يراه أصلح، فإن تردد عيّنه الحاكم. ويلزمه البيع بالثمن المقدّر له فإن لم يقدّر فإنه يبيع بثمن المثل، ولا يملك البيع بأقل منه إلا إذا كان النقص يسيراً بحيث يتغابن فيه في العادة.

١٣٨. عدم ملكية العدل لرهن العين المرهونة التي وضعت عنده ليحفظها، ولا إجارتها، ولا إعارتها.

١٣٩. عدم ملكية العدل للإيصاء إلى غيره لحفظ الرهن بعد موته، ولا يصح ذلك إذا فعله بل يرجع إلى الراهن والمرتهن للتصرف حسبما

يريانه.

١٤٠.أن العدل لا يملك السفر بالرهن إلا إذا أذن له.

١٤١.عدم ملكية أحد العدول للانفراد بحفظ الرهن مطلقاً.

١٤٢.أن العدل يعد أميناً على الرش فلا يضمنه عند التلف إلا بتعد أو تفريط.

١٤٣.عدم ملكية المودَع للاقتراض من الوديعة إلا بإذن صاحبها، فإن فعل وجب عليه الضمان برد بدل عمّا اقترضه، فإن ردّه فتلفت جميعها فإنه لا يضمن إلا مقدار ما اقترضه سواء كان البدل متميزاً، أم غير متميز.

١٤٤.عدم ملكية المودَع لرهن الوديعة إلا بإذن صاحبها، فإن فعل ضمن.

١٤٥.ملكية المودَع للمضاربة بالوديعة إذا أذن له المودِع بذلك، ويكون الربح بينهما، وعدم ملكيته لها إذا لم يأذن له، فإن تعدى فضارب كان الربح للمودِع.

١٤٦.عدم ملكية المودَع لإجارة الوديعة وإعارتها إلا بإذن صاحبها، فإن فعل ضمن.

١٤٧.أن للمودَع حفظ الوديعة عند من في عياله كزوجته وأولاده ومن يحفظ ماله في العادة، ولا يملك إيداعها عند غيرهم لعذر السفر إذا كان صاحبها موجوداً، أو وكيله إلا بإذنه، فإن لم يجدهما ملكه ويكون عند الحاكم فإن تعذر فله إيداعها عند ثقة، وكذلك لا يملك

إيداعها لعذر الحريق والغرق، ونحوهما إلا عند عدم وجود صاحبها أو وكيله، ولا يملك إيداعها لغير عذر، فإن تعدى وأودع فتلفت استقر الضمان على الأول، ولصاحب الوديعة تضمين من شاء منهما إذا كان الثاني عالماً بالحال، فإن كان جاهلاً فلا ضمان عليه.

١٤٨. عدم ملكية المودَع للتبرع بالوديعة سواء أكان بهبة، أو صدقة، أو غير ذلك إلا بإذن صاحبها.

١٤٩. عدم ملكية المودَع للانتفاع بالوديعة إذا لم يكن لنفعها إلا بإذن صاحبها، فإن انتفع بها فتلفت قبل ردها إلى حالها ضمنها، وإن كان بعد ردها لم يضمن.

١٥٠. عدم ملكية المودَع للسفر بالوديعة إذا كان الطريق مخوفاً، أو البلد الذي سيسافر إليه مخوفاً، أو كان صاحبها قد نهاه عن السفر بها، وكذلك لا يملكه عند انعدام هذه الأمور إلا عند عدم وجود صاحبها أو وكيله، من يضعها عند من حاكم أو ثقة.

١٥١. يجب على المودَع إذا لم يُعيّن له حرز أن يحفظ الوديعة في حرز مثلها عرفاً، ويملك حفظها في حرز أكثر منه حفظاً، لا فيما هو دونه.

أما إذا عيّن له المودِع حرزاً فإنه يجب عليه حفظ الوديعة فيه، ويملك حفظها في مثله أو أكثر منه حفظاً ولو لم يخف عليها إلا إذا نهاه المودِع عن ذلك، ولا يملك حفظها فيما هو أقل حفظاً منه إذا لم يخف عليها، فإن خاف فنقلها مع إمكان إحرازها في حرز مثلها أو أعلى ضمن، وإلا لم يضمن.

١٥٣. أن المودَع إذا خلط الوديعة بما لا تتميز عنه ضمنها، ويكون المخلوط كله له، وإن كان بما تتميز عنه لم يضمن إلا إذا حصل بالوديعة نقص بسببه.

١٥٤. أن الوديعة تعد أمانة في يد المودَع فلا يضمنها إلا بتعد أو تفريط مطلقاً.

الفهارس

وهي كما يلي:

أولاً: فهرس الآيات القرآنية.

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية.

ثالثاً: فهرس الآثار.

رابعاً: فهرس الأعلام.

خامساً: فهرس المصادر والمراجع.

سادساً: فهرس الموضوعات.

أولاً: فهرس الآيات القرآنية:

الآية **رقمها** **الصفحة**

سورة البقرة

سورة آل عمران

الآية رقمها الصفحة

سورة النساء

سورة المائدة

سورة الأنعام

سورة الأنفال

سورة التوبة

سورة النحل

سورة الإسراء

سورة المؤمنون

سورة النور

سورة الأحزاب

الآية	رقمها	الصفحة

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية:

طرف الحديث **الصفحة**

طرف الحديث	الصفحة

طرف الحديث	الصفحة

ثالثاً: فهرس الآثار:

طرف الأثر **الصفحة**

طرف الأثر **الصفحة**

رابعاً: فهرس الأعلام المترجم لهم:

اسم العلم **الصفحة**

اسم العلم	الصفحة

اسم العلم	الصفحة

اسم العلم | الصفحة

اسم العلم **الصفحة**

اسم العلم	الصفحة

خامساً: فهرس المصادر والمراجع:

أولاً: كتب التفسير:

١. أحكام القرآن: للجصاص: أبي بكر أحمد بن علي الرازي، ط. سنة ١٣٧٥هـ، الناشر/ دار الكتاب العربي (بيروت- لبنان).

٢. أحكام القرآن: لابن العربي: أبي بكر بن محمّد بن عبد الله، تحقيق علي محمّد البجاوي، دار المعرفة (بيروت- لبنان).

٣. أحكام القرآن: للكيا الهرّاسي، عماد الدين بن محمّد الطبري، ضبط وتصحيح جماعة من العلماء، ط. الأولى ١٤٠٣هـ، الناشر/ دار الكتب العلمية (بيروت- لبنان).

٤. أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن: للشنقيطي: محمّد الأمين بن محمّد المختار الجكني، ط. المطالب الأهلية عام ١٤٠٣هـ.

٥. تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان: للشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تحقيق محمّد زهري النجار، طبع ونشر الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد (الرياض- المملكة العربية السعودية)، المطابع الأهلية للأوفست - الرياض.

٦. الجامع لأحكام القرآن: للقرطبي: أبي عبد الله محمّد الأنصاري، دار إحياء التراث (بيروت- لبنان).

٧. جامع البيان في تفسير القرآن: للطبري: أبي جعفر محمّد بن جرير الطبري، ط. الرابعة، دار المعرفة (بيروت- لبنان).

ثانياً: كتب الحديث وعلومه:

١. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: للشيخ ناصر الدين الألباني، إشراف: زهير الشاويش، ط. الأولى ١٣٩٩هـ، المكتب الإسلامي.

٢. إعلاء السنن: للمحدث ظفر أحمد العثماني التهانوي، الناشر/ إدارة القرآن والعلوم الإسلامية (كراتشي- باكستان).

٣.بذل المجهود في حل أبي داود: للسهارنفوري: خليل أحمد، تعليق محمّد الكاندهلوي، الناشر/ دار اللواء (الرياض- المملكة العربية السعودية).
٤.بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني: لأحمد بن عبد الرحمن البنا، مطبوع مع الفتح الرباني، دار الشهاب (القاهرة- جمهورية مصر العربية).
٥.تحفة الأشراف بمعرفة الأطراف: للمزي: جمال الدين أبي الحجاج يوسف ابن الزكي عبد الرحمن، تحقيق عبد الصمد شرف الدين، إشراف زهير الشاويش، ط. الثانية ١٤٠٣هـ، الدار القيمة (بمباي- الهند)، والمكتب الإسلامي (بيروت- لبنان).
٦.تخريج الأحاديث النبوية الواردة في مدونة الإمام مالك بن أنس: إعداد: د/ الطاهر محمّد الدرديري، ط. الأولى ١٤٠٦هـ، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى- مكة المكرمة.
٧.الترغيب والترهيب من الحديث الشريف: للمنذري: أبي محمّد زكي الدين عبد العظيم بن عبد القوي، ضبط وتعليق مصطفى محمّد عمارة، مراجعة عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، المكتبة العصرية (صيدا، بيروت، لبنان).
٨.تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: لابن حجر: أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد، تصحيح وتنسيق وتعليق عبد الله هاشم اليماني المدني بالمدينة المنورة ١٣٨٤هـ، دار المعرفة (بيروت- لبنان).
٩.تلخيص المستدرك على الصحيحين للحاكم: للذهبي: أبي عبد الله محمّد بن أحمد بن عثمان، مطبوع بذيل المستدرك، دار الفكر (بيروت- لبنان) ١٣٩٨هـ.
١٠.الجامع الصغير من حديث البشير النذير: للسيوطي: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، مطبوع مع شرحه فيض القدير، دار إحياء السنة النبوية.
١١.الجوهر النقي: لابن التركماني: علاء الدين علي بن عثمان، مطبوع بذيل السنن الكبرى للبيهقي، الناشر/ دار الفكر (بيروت- لبنان).
١٢.سبل السلام شرح بلوغ المرام: للصنعاني: محمّد بن إسماعيل، تصحيح وتعليق د/ حسين بن قاسم الحسيني، ط. الثانية ١٤٠٠هـ، طبع جامعة

الإمام محمّد بن سعود الإسلامية بالرياض.
١٣. سنن الترمذي، ويسمى الجامع الصحيح: للترمذي، أبي عيسى محمّد بن عيسى بن سورة، تحقيق وتصحيح عبد الوهاب عبد اللطيف، ط. الثانية ١٤٠٣هـ، دار الفكر (بيروت- لبنان) الناشر/ دار الكتب العلمية (بيروت- لبنان).
١٤. سنن الدارقطني: للدارقطني: علي بن عمر، طبعة سنة ١٣٨٦هـ، الناشر/ عبد الله هاشم يماني المدني بالمدينة المنورة.
١٥. سنن الدارمي: للدارمي: أبي محمّد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل، تخريج وتحقيق وتعليق عبد الله هاشم يماني المدني، الناشر/ حديث أكادمي (نشاط آباد، فيصل آباد- باكستان) ١٤٠٤هـ.
١٦. سنن أبي داود: لأبي داود: سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، تحقيق محمّد محيي الدين عبد الحميد، دار إحياء التراث العربي (بيروت- لبنان).
١٧. السنن الكبرى: للبيهقي: أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي، دار الفكر (بيروت- لبنان).
١٨. سنن ابن ماجه: لابن ماجه: محمّد بن يزيد القزويني، تحقيق محمّد فؤاد عبد الباقي، الناشر/ دار الفكر (بيروت- لبنان).
١٩. سنن النسائي: للنسائي: أحمد بن شعيب، ترقيم وفهرسة عبد الفتاح أبو غدة، ط. الأولى المفهرسة ١٤٠٦هـ، طبع دار البشائر الإسلامية (بيروت- لبنان)، الناشر/ مكتب المطبوعات الإسلامية (حلب- سورية).
٢٠. شرح معاني الآثار: للطحاوي: أبي جعفر أحمد بن محمّد بن سلامة، تحقيق محمّد جاد الحق، الناشر/ مطبعة الأنوار المحمدية (القاهرة- جمهورية مصر العربية).
٢١. شرح النووي على صحيح مسلم: للنووي: أبي زكريا يحيى بن شرف،

دار الفكر (بيروت- لبنان).

٢٢. صحيح البخاري: للبخاري: أبي عبد الله محمّد بن إسماعيل بن إبراهيم، طبعة بالأوفست عن طبعة دار الطباعة العامرة باستانبول، الناشر/ دار الكتب العلمية (بيروت- لبنان).

٢٣. صحيح مسلم: لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق محمّد فؤاد عبد الباقي، ط. الثانية ١٣٩٢هـ، الناشر/ دار إحياء التراث العربي (بيروت- لبنان).

٢٤. العلل المتناهية في الأحاديث الواهية: لابن الجوزي: أبي الفرج عبد الرحمن بن علي، تحقيق وتعليق إرشاد الحق الأثري، ط. الثانية ١٤٠١هـ، الناشر/ إدارة العلوم الأثرية (فيصل أباد- باكستان).

٢٥. عمدة القاري شرح صحيح البخاري: للعيني: أبي محمّد محمود بن أحمد، ط. الأولى ١٣٩٢هـ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

٢٦. فتح الباري شرح صحيح البخاري: لابن حجر: أحمد بن علي العسقلاني، تصحيح فضيلة الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز، الناشر/ دار المعرفة (بيروت- لبنان).

٢٧. الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار: لابن أبي شيبة: أبي بكر عبد الله بن محمد، تحقيق عامر العمري الأعظمي، الناشر/ مختار أحمد الندوي السلفي، الدار السلفية (بومباي- الهند).

٢٨. مجمع الزوائد ومنبع ا لفوائد: للهيثمي: علي بن أبي بكر الهيثمي، الناشر/ دار الكتاب العربي (بيروت- لبنان).

٢٩. المراسيل: لأبي داود: سليمان بن الأشعث السجستاني، مراجعة وفهرسة د/ يوسف بن عبد الرحمن المرعشلي، مطبوع مع سلسلة الذهب فيما رواه الإمام الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر، ط. الأولى ١٤٠٦هـ، دار

المعرفة (بيروت- لبنان).

٣٠.المستدرك على الصحيحين في الحديث: للحاكم: أبي عبد الله محمّد بن عبد الله النيسابوري، دار الفكر (بيروت- لبنان).

٣١.مسند الإمام أحمد: للإمام أحمد بن حنبل، ط. الخامسة ١٤٠٥هـ المكتب الإسلامي (بيروت- لبنان).

٣٢.مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق أحمد شاكر، ط. الرابعة، دار المعارف بمصر.

٣٣.مسند الشافعي: للإمام الشافعي: أبي عبد الله محمّد بن إدريس الشافعي، ط. الأولى ١٤٠٠هـ دار الكتب العلمية (بيروت- لبنان).

٣٤.المصنف: لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، ط. الثانية ١٤٠٣هـ، طبع المجلس العلمي بجوهانسبرغ، جنوب افريقيا، وكراتشي-باكستان، وسملك- الهند توزيع المكتب الإسلامي.

٣٥.معالم السنن: للخطابي، أبي سليمان حمد بن محمد، ط. الثانية ١٤٠١هـ، الناشر/ المكتبة العلمية.

٣٦.المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي: لمجموعة من المستشرقين، مطبعة بريل في مدينة ليدن.

٣٧.مفتاح كنوز السنة: للدكتور/ أ.ي، فنستك، ونقله إلى اللغة العربية محمّد فؤاد عبد الباقي، ط. إدارة ترجمان السنة (لاهور- باكستان).

٣٨.المنتقى شرح موطأ مالك: للباجي: أبي الوليد سليمان بن خلف. ط. الأولى ١٣٤١هـ، مطبعة السعادة- مصر.

٣٩.الموطأ: للإمام مالك بن أنس، تحقيق محمّد فؤاد عبد الباقي، الناشر/ دار إحياء التراث العربي (بيروت- لبنان).

٤٠.نصب الراية لأحاديث الهداية: للزيلعي: أبي محمّد عبد الله بن يوسف، ط. الثانية، الناشر/ المجلس العلمي بجوها نسبرغ- جنوب أفريقيا،

وكراتشي- باكستان، وسملك- الهند.

٤١.نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار: للشوكاني: محمّد بن علي، دار القلم (بيروت- لبنان).

ثالثاً: كتب أصول الفقه:

١.الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي: علي بن محمد، تعليق الشيخ عبد الرزاق عفيفي، ط. الثانية ١٤٠٢هـ، المكتب الإسلامي.

٢.التمهيد في أصول الفقه: لأبي الخطاب: محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوذاني الحنبلي، دراسة وتحقيق د/ مفيد محمّد أبو عمشة، ط. الأولى ١٤٠٦هـ، دار المدني (جدة- المملكة العربية السعودية).

٣.روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لابن قدامة: موفق الدين عبد الله بن أحمد، دار الندوة الجديدة (بيروت- لبنان).

٤.شرح الكوكب المنير المسمى (مختصر التحرير)، أو المختبر المبتكر شرح المختصر في أصول الفقه: لابن النجار: محمّد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي تحقيق كل من د/ محمّد الزحيلي، ود/ نزيه حماد، طبعة عام ١٤٠٠هـ، دار الفكر (دمشق- سورية).

٥.المستصفى في علم الأصول: للغزالي: أبي حامد محمّد بن محمّد بن محمد، ط. الثانية ١٤٠٣هـ، دار الكتب العلمية (بيروت- لبنان).

خامساً: كتب الفقه:

كتب الفقه الحنفي:

١.آداب الأوصياء: للفضيل بن المولى علي الجمالي البكري، مطبوع على هامش آخر الجزء الثاني من جامع الفصولين من ٨١ حتى آخره، ط. الأولى بالمطبعة الأزهرية ١٣٠٠هـ.

٢.أحكام الأوقاف: للخصاف: أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني، ط. الأولى

١٣٢٢هـ مطبعة ديوان عموم الأوقاف المصرية.

٣.أحكام الوقف: لهلال بن يحيى بن مسلم الرأي، ط. الأولى ١٣٥٥هـ، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية (حيدر آباد- الدكن- الهند).

٤.الاختيار في تعليل المختار: للموصلي: عبد الله بن محمّد بن مودود، ط. الثالثة ١٣٩٥هـ، الناشر/ دار المعرفة- بيروت.

٥.الإسعاف في أحكام الأوقاف: للشيخ برهان الدين إبراهيم بن موسى الطرابلسي، ط. سنة ١٤٠١هـ، دار الرائد العربي (بيروت- لبنان).

٦.البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لا بن نجيم: زين العابدين بن إبراهيم، الناشر/ المكتبة الماجدية- كوئتة- باكستان.

٧.بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني: علاء الدين أبي بكر بن مسعود، ط. الثانية ١٤٠٢هـ، الناشر/ دار الكتاب العربي (بيروت- لبنان).

٨.البناية في شرح الهداية: للعيني، أبي محمّد محمّد بن أحمد، ط. الأولى ١٤٠١هـ، الناشر/ دار الفكر- بيروت.

٩.تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: للزيلعي: فخر الدين عثمان بن علي، ط. الثانية، الناشر/ دار المعرفة- بيروت.

١٠.تحفة الفقهاء: لعلاء الدين السمرقندي، ط. الأولى ١٤٠٥هـ، الناشر/ دار الكتب العلمية- بيروت.

١١.تكملة حاشية رد المحتار، المسماة قرة عيون الأخبار: لمحمد علاء الدين أفندي، ط. الثانية ١٣٨٦هـ، الناشر/ دار الفكر (بيروت- لبنان).

١٢.تكملة شرح فتح القدير، المسماة نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار: لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده، الناشر/ دار الفكر (بيروت- لبنان).

١٣.جامع أحكام الصغار: لمحمد بن محمّد بن الحسين الاستروشني، مطبوع

على هامش الجزء الأول وبعض الجزء الثاني حتى ص٨١ من جامع الفصولين ط. الأولى بالمطبعة الأزهرية سنة ١٣٠٠هـ.

١٤. جامع الفصولين: لابن قاضي سماوه: محمّد بن إسماعيل، ط. الأولى بالمطبعة الأزهرية سنة ١٣٠٠هـ.

١٥. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، المشهورة بـ«حاشية ابن عابدين»: لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، ط. الثانية ١٣٨٦هـ، الناشر/ دار الفكر (بيروت- لبنان).

١٦. حاشية الشلبي على تبيين الحقائق: لشهاب الدين أحمد الشلبي، مطبوعة على هامش تبيين الحقائق، ط. الثانية، الناشر/ دار المعرفة- بيروت.

١٧. حاشية الطحطاوي على الدر المختار: لأحمد الطحطاوي الحنفي، الناشر/ دار المعرفة (بيروت- لبنان).

١٨. الحجة على أهل المدينة: لمحمد بن الحسن الشيباني، ط. الثالثة ١٤٠٣هـ، الناشر/ عالم الكتب (بيروت- لبنان).

١٩. الدر المختار شرح تنوير الأبصار: للحصكفي، مطبوع مع حاشية رد المحتار ط. الثانية ١٣٨٦هـ، الناشر/ دار الفكر- بيروت.

٢٠. الدر المنتقى في شرح الملتقي: للحلبي، مطبوع على هامش مجمع الأنهر، الناشر/ دار إحياء التراث العربي (بيروت- لبنان).

٢١. رؤوس المسائل: للزمخشري: جار الله، أبي القاسم محمود بن عمر، دراسة وتحقيق عبد الله نذير أحمد ط. الأولى ١٤٠٧هـ، دار البشائر الإسلامية (بيروت- لبنان).

٢٢. رسائل ابن نجيم: لابن نجيم: إبراهيم بن محمد، ط. الأولى ١٤٠٠هـ، دار الكتب العلمية (بيروت- لبنان).

٢٣. شرح فتح القدير: لابن الهمام: كمال الدين محمّد بن عبد الواحد، ط. الثانية ١٣٩٧هـ، الناشر/ دار إحياء التراث العربي (بيروت- لبنان).

٢٤. الفتاوى البزازية: لمحمد بن محمّد بن شهاب المعروف بابن البزاز، مطبوع على هامش الجزء الرابع والخامس والسادس من الفتاوى الهندية، ط. الثالثة ١٤٠٠هـ، الناشر/ دار إحياء التراث العربي (بيروت- لبنان).
٢٥. فتاوى قاضيخان: لحسن الأوزجندي، مطبوع بهامش الجزء الأول والثاني، والثالث من الفتاوى الهندية، ط. الثالثة ١٤٠٠هـ، الناشر/ دار إحياء التراث العربي (بيروت- لبنان).
٢٦. الفتاوى الهندية: للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، ط. الثالثة ١٤٠٠هـ، الناشر/ دار إحياء التراث العربي (بيروت- لبنان).
٢٧. الكتاب: للقدوري أحمد بن محمد، مطبوع مع شرحه اللباب، الناشر/ المكتبة العلمية (بيروت- لبنان) ١٤٠٠هـ.
٢٨. كتاب الوقف: لعبد الجليل عبد الرحمن عشّوب، ط. الأولى ١٣٣٣هـ، مطبعة المعاهد الدينية لصاحبها عبد الحميد علي حجازي- القاهرة.
٢٩. كشف الحقائق شرح كنز الدقائق: للشيخ عبد الحكيم الأفغاني، ط. مطبعة الموسوعات بمصر عام ١٣٢٢هـ.
٣٠. اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: لأبي محمّد علي بن زكريا المنبجي، تحقيق د/ محمّد فضل عبد العزيز المراد، ط. الأولى ١٤٠٣هـ، دار الشروق (جدة- المملكة العربية السعودية).
٣١. اللباب في شرح الكتاب: للغنيمي: عبد الغني الغنيمي الميداني، الناشر/ المكتبة العلمية (بيروت- لبنان) ١٤٠٠ هـ.
٣٢. لسان الحكام في معرفة الأحكام: لأبي الوليد إبراهيم بن أبي اليمن محمّد بن أبي الفضل المعروف بابن الشحنة، مطبوع في آخر معين الحكام، ط. الثانية ١٣٩٣هـ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، بمصر.
٣٣. المبسوط: للسرخسي: شمس الدين محمّد بن أحمد، ط. الثالثة ١٣٩٨هـ، الناشر/ دار المعرفة- بيروت.
٣٤. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: لداماد أفندي: عبد الله بن الشيخ

محمّد بن السليمان، الناشر/ دار إحياء التراث العربي- بيروت.
٣٥.مجمع الضمانات: لأبي محمّد بن غانم بن محمّد البغدادي، ط. الأولى ١٤٠٧هـ، الناشر/ عالم الكتب- بيروت.
٣٦.المختار: للموصلي: عبد الله بن محمّد بن مودود، مطبوع مع الاختيار ط. الثالثة ١٣٩٥هـ، الناشر/ دار المعرفة- بيروت.
٣٧.مختصر الطحاوي: لأبي جعفر أحمد بن محمّد بن سلامة الطحاوي، تحقيق أبي الوفاء الأفغاني، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ، الناشر/ دار إحياء العلوم- بيروت.
٣٨.معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام: لعلاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي، ط. الثانية ١٣٩٣هـ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.
٣٩.منحة الخالق على البحر الرائق، وهي حواشي على البحر: لمحمد أمين الشهير بابن عابدين الحنفي، مطبوع على هامش البحر الرائق، الناشر/ المكتبة الماجدية- كوئتة- باكستان.
٤٠.النتف في الفتاوى: للسغدي: أبي الحسن علي بن الحسين بن محمد، تحقيق د/ صلاح الدين الناهي، ط. الثانية ١٤٠٤هـ، مؤسسة الرسالة- بيروت، ودار الفرقان (عمان- الأردن).
٤١.الهداية شرح بداية المبتدي: للمرغيناني: أبي الحسن علي بن أبي بكر الراشداني، ط. الثانية ١٣٩٧هـ الناشر/ دار الفكر- (بيروت- لبنان).

كتب الفقه المالكي:

١.الإشراف على مذاهب الخلاف: للقاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي مطبعة الإدارة.
٢.أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك: لمحمد بن حارث الخشني، تحقيق كل من الشيخ محمّد المجدوب، د/ محمّد أبو الأجفان، د/ عثمان

بطيخ، الدار العربية للكتاب، والمؤسسة الوطنية للكتاب.

٣.بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد: أبي الوليد محمّد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، ط. الرابعة ١٣٩٨هـ، الناشر/ دار المعرفة (بيروت- لبنان).

٤.بلغة السالك لأقرب المسالك: للصاوي: أحمد بن محمد، الناشر/ دار المعرفة (بيروت- لبنان). ١٣٩٨هـ.

٥.البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، لأبي الوليد بن رشد القرطبي، تحقيق الأستاذ أحمد الجبابي وغيره، ط. دار الغرب الإسلامي (بيروت- لبنان) ١٤٠٥هـ.

٦.التاج والإكليل لمختصر خليل: للمواق: محمّد بن يوسف العبدري، مطبوع على هامش مواهب الجليل، ط. الثانية ١٣٩٨هـ، الناشر/ دار الفكر (بيروت- لبنان).

٧.تسهيل منح الجليل، وهو حاشية على منح الجليل: للشيخ محمّد عليش وهو نفس مؤلف المنح، مطبوع على هامش منح الجليل، الناشر/ دار صادر (بيروت- لبنان).

٨.التفريع: لابن الجلاب: أبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن، دراسة وتحقيق د/ حسين بن سالم الدّهمان، ط. الأولى ١٤٠٨هـ، دار الغرب الإسلامي (بيروت- لبنان).

٩.جواهر الإكليل شرح مختصر خليل: لصالح بن عبد السميع الآبي، الأزهري، الناشر/ دار الفكر (بيروت- لبنان).

١٠.حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: للدسوقي: شمس الدين محمّد بن عرفة، الناشر/ دار الفكر (بيروت- لبنان).

١١.حاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة ابن أبي زيد: للعدوي: علي بن أحمد الصعيدي، الناشر/ دار المعرفة (بيروت- لبنان).

١٢. شرح الخرشي على مختصر خليل: للخرشي: أبي عبد الله محمّد بن عبد الله، ط. الثانية ١٣١٧هـ بالمطبعة الكبرى الأميرية ببولاق.

١٣. الشرح الصغير على مختصر خليل: للدردير: أحمد بن محمد، مطبوع على هامش بلغة السالك، الناشر/ دار المعرفة (بيروت- لبنان) ١٣٩٨هـ.

١٤. الشرح الكبير على مختصر خليل: للدردير: أحمد بن محمد، مطبوع على هامش حاشية الدسوقي، الناشر/ دار الفكر (بيروت- لبنان).

١٥. شرح منح الجليل على مختصر خليل: لمحمد عليش، الناشر/ دار صادر، (بيروت- لبنان).

١٦. الفواكه الدواني: للنفراوي: أحمد بن غنيم بن سالم، الناشر/ دار المعرفة (بيروت- لبنان).

١٧. القوانين الفقهية: لابن جزي: محمّد بن أحمد، الدار العربية للكتاب- ليبيا- تونس.

١٨. الكافي في فقه أهل المدينة: لابن عبد البر: أبي عمر يوسف بن عبد الله النمري، تحقيق: محمّد محمّد أحمد ولد ماديك الموريتاني، ط. الأولى ١٣٩٨هـ، الناشر/ مكتبة الرياض الحديثة- الرياض.

١٩. مختصر خليل: للشيخ خليل بن إسحاق المالكي، ط. الأخيرة ١٤٠١هـ، الناشر/ دار الفكر (بيروت- لبنان).

٢٠. المدونة الكبرى: للإمام مالك بن أنس، رواية سحنون التنوخي، تصوير الطبعة الأولى، مطبعة السعادة بمصر ١٣٢٣هـ، الناشر/ دار صادر (بيروت- لبنان).

٢١. المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات- لابن رشد: أبي الوليد محمّد بن أحمد، تحقيق د/ محمّد حجي، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ، دار الغرب الإسلامي (بيروت- لبنان).

٢٢.مواهب الجليل شرح مختصر خليل: للحطاب: أبي عبد الله محمّد بن محمّد الطرابلسي، ط. الثانية ١٣٩٨هـ، دار الفكر (بيروت- لبنان).

٢٣.النوادر والزيادات على ما في المدونة وغيرها من الأمهات: لأبي محمّد عبد الله بن أبي زيد القيرواني- مخطوط في مكتبة أيا صوفيا (١٤٩٤).

كتب الفقه الشافعي:

١.الابتهاج بشرح المنهاج في فروع الشافعية: للسبكي: تقي الدين علي بن عبد الكافي، مخطوط في مكتبة أحمد الثالث بتركيا تحت رقم ١٣٢٤- فقه شافعي.

٢.الإتحاف في إجارة الأوقاف: لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي، مطبوع ضمن فتاوى ابن حجر الكبرى، ط. الأولى ١٣٠٨هـ، المطبعة الميمنية بمصر.

٣.أسنى المطالب شرح روض الطالب: لزين الملة والدين أبي يحيى زكريا الأنصار، الناشر/ المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ.

٤.إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين: للسيد البكري: أبي بكر بن محمّد شطا الدمياطي، ط. دار إحياء الكتب العربية.

٥.الإقناع في الفقه الشافعي: للماوردي: أبي الحسن علي بن محمّد بن حبيب، تحقيق خضر محمّد خضر، ط. الأولى ١٤٠٢هـ الناشر/ مكتبة دار العروبة- الكويت.

٦.الأم: للإمام الشافعي: أبي عبد الله محمّد بن إدريس، ط. الثانية، الناشر/ دار المعرفة (بيروت- لبنان).

٧.تحفة المحتاج بشرح المنهاج: لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي، مطبوع حواشي الشرواني والعبادي، دار صادر (بيروت- لبنان).

٨.تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة، ونبذ مذهبية نافعة..: لابن الدّهان: أبي شجاع محمّد بن علي بن شعيب، تحقيق د/ صالح بن ناصر الخزيم، مطبوع على الآلة الكاتبة عام ١٤٠٨هـ.

٩. التكملة الثانية للمجموع: لمحمد نجيب المطيعي، الناشر/ دار الفكر (بيروت- لبنان).

١٠. تيسير الوقوف: للمناوي: عبد الرؤوف بن تاج العارفين، مخطوط بمكتبة الأزهر تحت رقم (٢٠٨١) فقه شافعي.

١١. حاشية البجيرمي على شرح الخطيب- لسليمان البجيرمي، الناشر/ دار المعرفة (بيروت- لبنان).

١٢. حاشية الجمل على شرح المنهج: للشيخ سليمان الجمل، الناشر/ المكتبة التجارية الكبرى بمصر.

١٣. حاشية الشرقاوي على التحرير: للشرقاوي: عبد الله بن حجازي، الناشر/ دار المعرفة (بيروت- لبنان).

١٤. حاشية الشرواني على تحفة الطلاب: للشيخ عبد الحميد الشرواني، مطبوع مع حاشية العبادي والتحفة، دار صادر (بيروت- لبنان).

١٥. حاشية القليوبي على منهاج الطالبين- للقليوبي: شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة، الطبعة الرابعة، الناشر/ دار الفكر (بيروت- لبنان).

١٦. الحاوي للفتاوى: للسيوطي: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد، طبعة سنة ١٤٠٢هـ، دار الكتب العلمية (بيروت- لبنان).

١٧. حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء -للشاشي القفال: سيف الدين أبي بكر محمّد بن أحمد، تحقيق د/ ياسين أحمد إبراهيم درادكة، ط. الأولى ١٩٨٨م، الناشر/ مكتبة الرسالة الحديثة (عمان- الأردن).

١٨. روضة الطالبين: للنووي: أبي زكريا يحيى بن شرف، المكتب الإسلامي (بيروت- لبنان).

١٩. فتاوى الرملي: للشيخ شهاب الدين أحمد بن حمزة الرملي، مطبوع على هامش الفتاوى الكبرى للهيتمي، ط. الأولى ١٣٠٨هـ، المطبعة الميمنية بمصر.

٢٠. الفتاوى الكبرى الفقهية: للشيخ شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي، ط. الأولى ١٣٠٨هـ، المطبعة الميمنية بمصر.

٢١. فتح الجواد بشرح الإرشاد: للهيتمي: شهاب الدين أحمد بن حجر، ط. الثانية ١٣٩١هـ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

٢٢. فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: لأبي يحيى زكريا الأنصاري، الناشر/ دار المعرفة (بيروت- لبنان).

٢٣. المجموع شرح المهذب: للنووي: أبي زكريا يحيى بن شرف، الناشر/ دار الفكر (بيروت- لبنان).

٢٤. مختصر المزني: للمزني: إسماعيل بن يحيى، مطبوع في آخر الأم، ط. الثانية ١٣٩٣هـ، الناشر/ دار المعرفة (بيروت- لبنان).

٢٥. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: لمحمد الخطيب الشربيني، الناشر/ دار الفكر (بيروت- لبنان).

٢٦. منهاج الطالبين: للنووي: أبي زكريا يحيى بن شرف، مطبوع مع مغنى المحتاج، الناشر/ دار الفكر (بيروت- لبنان).

٢٧. المهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي: أبي إسحاق إبراهيم بن علي الفيروزآبادي، ط. الثانية ١٣٧٩هـ، دار المعرفة (بيروت- لبنان).

٢٨. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: للرملي: محمّد بن أبي العباس أحمد الرملي، ط. الأخيرة ١٣٨٦هـ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

٢٩. نهاية المطلب في دراية المذهب: لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله الجويني الشافعي، مخطوط.

٣٠. الوجيز في فقه الإمام الشافعي: لأبي حامد الغزالي، الناشر/ دار المعرفة (بيروت- لبنان).

كتب الفقه الحنبلي:

١. الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، اختيار علاء الدين

أبو الحسن علي بن محمّد بن عباس البعلي، تحقيق محمّد حامد الفقي، الناشر/ دار المعرفة (بيروت- لبنان).

٢.الإرشاد إلى معرفة الأحكام: لابن سعدي: عبد الرحمن بن ناصر، مكتبة المعارف (الرياض- المملكة العربية السعودية).

٣.إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن القيم: شمس الدين محمّد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، طبعة عام ١٩٧٣م، دار الجيل (بيروت- لبنان).

٤.الإفصاح عن معاني الصحاح: لابن هبيرة: أبي المظفر يحيى بن محمّد، طبع ونشر المؤسسة السعيدية بالرياض.

٥.الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: للحجاوي: أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، تصحيح وتعليق عبد اللطيف محمّد موسى السبكي، الناشر/ دار المعرفة (بيروت- لبنان).

٦.الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل: للمرداوي: علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان، تصحيح وتحقيق محمّد حامد الفقي، ط. الأولى ١٣٧٦هـ، دار إحياء التراث العربي (بيروت- لبنان).

٧.تصحيح الفروع: للمرداوي: علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان، مطبوع بحاشية الفروع لابن مفلح، ط. الثالثة ١٤٠٢هـ، عالم الكتب (بيروت- لبنان).

٨.التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح -للشويكي: شهاب الدين أحمد بن أحمد العلوي، ط. الأولى ١٣٧١هـ، مطبعة السنة المحمدية- القاهرة.

٩.حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع: لابن قاسم: عبد الرحمن بن قاسم النجدي، ط. الثانية ١٤٠٢هـ.

١٠.الروض المربع شرح زاد المستقنع: للبهوتي: منصور بن تونس، الناشر/

مكتبة الرياض الحديثة- الرياض.

١١.الروض الندي شرح كافي المبتدي: للبعلي: أحمد بن عبد الله بن أحمد، أشرف على طبعه وتصحيحه عبد الرحمن حسن محمود، الناشر/ المؤسسة السعيدية بالرياض.

١٢.زاد المعاد في هدي خير العباد: لابن القيم: أبي عبد الله محمّد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي، تحقيق كل من: شعيب، وعبد القادر الأرناؤوط، ط. الثانية ١٤٠١هـ، الناشر/ مؤسسة الرسالة (بيروت- لبنان).

١٣.زوائد الكافي والمحرر على المقنع: للشيخ عبد الرحمن بن عبيدان الحنبلي، ط. الثانية، الناشر/ مؤسسة السعيدية بالرياض.

١٤.الشرح الكبير على المقنع: لابن قدامة: أبي الفرج عبد الرحمن بن محمّد بن قدامة المقدسي، مطبوع بحاشية المغني، دار الكتاب العربي (بيروت- لبنان).

١٥.شرح منتهى الإرادات، المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى: للبهوتي: منصور بن يونس بن إدريس، عالم الكتب (بيروت- لبنان).

١٦.شرح منتهى الإرادات: لابن النجار: محمّد بن أحمد الفتوحي، نفس صاحب المنتهى، مخطوط في مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى- مكة المكرمة.

١٧.العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني: للمقدسي: بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم، الناشر/ مكتبة الرياض الحديثة- الرياض.

١٨.العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني: لابن قدامة: موفق الدين أبي محمّد عبد الله بن أحمد العمري المقدسي، مطبوع مع شرحه العدة، الناشر/ مكتبة الرياض الحديثة- الرياض.

١٩.غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى: لمرعي بن يوسف الحنبلي، ط. الثانية، الناشر/ المؤسسة السعيدية بالرياض.

٢٠. الفروع: لابن مفلح: شمس الدين أبي عبد الله محمّد بن مفلح، مراجعة عبد الستار أحمد فرّاج، ط. الثالثة، عالم الكتب (بيروت- لبنان).

٢١. كافي المبتدي في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني: لشمس الدين أبو عبد الله محمّد بن بدر الدين عبد القادر الخزرجي البعلي، مطبوع مع شرحه الروض الندي، الناشر/ المؤسسة السعيدية بالرياض.

٢٢. الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل: لابن قدامة: موفق الدين أبي محمّد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ط. الثانية، طبع ونشر المكتب الإسلامي (بيروت- لبنان).

٢٣. كشاف القناع عن متن الإقناع: للبهوتي: منصور بن يونس بن إدريس، عالم الكتب (بيروت- لبنان).

٢٤. كشف المخدرات والرياض المزهرات شرح أخص المختصرات: لزين الدين عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد البعلي، مراجعة وتصحيح عبد الرحمن حسن محمود، الناشر/ المؤسسة السعيدية بالرياض.

٢٥. المبدع في شرح المقنع: لابن مفلح: أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمّد بن عبد الله، ط. الأولى: طبع ونشر المكتب الإسلامي (بيروت- لبنان).

٢٦. مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن قاسم النجدي، وساعده ابنه محمد، ط. إدارة المساحة العسكرية بالقاهرة ١٤٠٤هـ، توزيع الرئاسة العامة لإدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية.

٢٧. المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: للشيخ مجد الدين أبي البركات، الناشر/ دار الكتاب العربي (بيروت- لبنان).

٢٨. المذهب الأحمد في مذهب الإمام أحمد: لابن الجوزي: محي الدين يوسف ابن الشيخ جمال الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد، ط.

الثانية، الناشر/ المؤسسة السعيدية بالرياض.

٢٩. مسائل الإمام أحمد بن حنبل، رواية إسحاق بن إبراهيم بن هاني النيسابوري، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي.

٣٠. مسائل الإمام أحمد، تأليف أبي داود: سليمان بن الأشعث السجستاني، قدم له محمد رشيد رضا، الناشر/ دار المعرفة (بيروت- لبنان).

٣١. مسائل الإمام أحمد بن حنبل، رواية ابنه أبي الفضل صالح، تحقيق ودراسة وتعليق د/ فضل الرحمن دين محمد، ط. الأولى ١٤٠٨هـ، الدار العلمية (دلهي- الهند).

٣٢. مسائل الإمام أحمد بن حنبل، رواية ابنه عبد الله، تحقيق زهير الشاويش، ط. الأولى ١٤٠١هـ، المكتب الإسلامي.

٣٣. المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين للقاضي أبي يعلى، تحقيق د/ عبد الكريم بن محمد اللاحم، ط. الأولى ١٤٠٥هـ، مكتبة المعارف (الرياض- المملكة العربية السعودية).

٣٤. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: للرحيباني: مصطفى بن سعد بن عبده، الناشر/ المكتب الإسلامي (دمشق- سورية).

٣٥. مغني ذوي الأفهام عن الكتب الكثيرة في الأحكام: لجمال الدين يوسف ابن عبد الهادي الحنبلي، تحقيق عبد العزيز بن محمد آل الشيخ، مطبعة السنة المحمدية- القاهرة.

٣٦. المغني على مختصر الخرقي: لابن قدامة: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، مطبوع مع الشرح الكبير، دار الكتاب العربي (بيروت- لبنان).

٣٧. المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل: لابن قدامة: موفق الدين أبي محمد، عبد الله بن أحمد بن محمد، الناشر/ دار الكتب العلمية (بيروت- لبنان).

٣٨.المناقلة بالأوقاف وما وقع في ذلك من النزاع والخلاف: لابن قاضي الجبل: أحمد بن حسن،تحقيق عبد الله بن عمر بن دهيش، ط. الثانية، مطابع الصفا بمكة المكرمة.

٣٩.منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات: لابن النجار: محمد ابن أحمد الفتوحي، تحقيق عبد الغني عبد الخالق، الناشر/ عالم الكتب (بيروت- لبنان).

٤٠.نيل المآرب بشرح دليل الطالب: للإمام عبد القادر بن الشيباني، المشهور بابن أبي تغلب، تحقيق د/ محمد سليمان بن عبد الله الأشقر، ط. الأولى ١٤٠٣هـ، مكتبة الفلاح- الكويت.

٤١.هداية الراغب لشرح عمدة الطالب: لعثمان بن أحمد النجدي، تحقيق حسنين محمد مخلوف، ط. الثانية ١٤١٠هـ، دار البشير (جدة- المملكة العربية السعودية)، والدار الشامية (بيروت- لبنان).

كتب الفقه الظاهري:

١.المحلى: لابن حزم: أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي في دار الآفاق الجديدة، طبعة مصححة ومقابلة على عدة مخطوطات ونسخ معتمدة كما قوبلت على النسخة التي حققها الشيخ أحمد شاكر، الناشر/ دار الآفاق الجديدة (بيروت- لبنان).

٢.مراتب الإجماع: لابن حزم: أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد، الناشر/ دار الكتب العلمية (بيروت- لبنان).

سادسا: كتب القواعد الأصولية والفقهية:

١.الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان: لابن نجيم: زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم، طبعة عام ١٤٠٠هـ، دار الكتب العلمية (بيروت-لبنان).

٢.الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية: للسيوطي: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه.

٣.تهذيب الفروق: لمحمد علي بن الشيخ حسين مفتي مكة، مطبوع على هامش الفروق، عالم الكتب (بيروت- لبنان).
٤.الفروق: للقرافي: شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، عالم الكتب (بيروت- لبنان).
٥.القواعد في الفقه الإسلامي: لابن رجب: أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، الناشر/ دار المعرفة (بيروت- لبنان).
٦.القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية: لابن اللّحام: علاء الدين أبي الحسن علي بن عباس البعلي، تحقيق وتصحيح محمد حامد الفقي، ط. الأولى ١٤٠٣هـ، دار الكتب العلمية (بيروت- لبنان).

سابعاً: كتب اللغة والغريب:

١.تحرير ألفاظ التنبيه، أو لغة الفقهاء: للنووي: يحيى بن شرف، تحقيق عبد الغني الدّقر، ط. الأولى ١٤٠٨هـ، دار القلم (دمشق- سورية).
٢.التعريفات: الشريف علي بن محمد الجرجاني، ط. الأولى ١٤٠٣هـ، دار الكتب العلمية (بيروت- لبنان).
٣.تهذيب اللغة: للأزهري: أبي منصور محمد بن أحمد، تحقيق عدد من العلماء، الدار المصرية للتأليف والترجمة، مطابع سجل العرب القاهرة.
٤.حلية الفقهاء: لابن فارس: أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، تحقيق د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط. الأولى ١٤٠٣هـ، الشركة المتحدة للتوزيع، (بيروت- لبنان).
٥.الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية): للجوهري: إسماعيل بن حماد، ط. الثانية ١٣٩٩هـ، الناشر/ دار العلم للملايين (بيروت- لبنان).
٦.طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية: للنسفي: نجم الدين بن حفص النسفي، مراجعة وتحقيق خليل الميس، ط. الأولى ١٤٠٦هـ دارالقلم (بيروت- لبنان).
٧.العين: لأبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، تحقيق الدكتور/ مهدي

المخزومي، والدكتور/ إبراهيم السامرائي، ط. الأولى ١٤٠٨هـ، الناشر/ مؤسسة الأعلمي للمطبوعات (بيروت- لبنان).

٨. الفائق في غريب الحديث: للزمخشري: جار الله محمود بن عمر، تحقيق كل من محمد أبو الفضل إبراهيم، وعلي محمد البجاوي، ط. الثانية، دار المعرفة (بيروت- لبنان).

٩. القاموس المحيط: للفيروزآبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب، المؤسسة العربية للطباعة والنشر (بيروت- لبنان) دار الجيل.

١٠. لسان العرب: لابن منظور: جمال الدين محمد بن مكرم بن علي، الناشر/ دار صادر (بيروت- لبنان).

١١. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي: للفيومي: أحمد بن علي المقري، المكتبة العلمية (بيروت- لبنان).

١٢. المطلع على أبواب المقنع: للبعلي: أبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي الفتح، المكتب الإسلامي.

١٣. معجم مقاييس اللغة: لابن فارس: أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق عبد السلام هارون، الناشر/ دار الكتب العلمية- إيران.

١٤. المغرب في ترتيب المعرب: للمطرزي: أبي الفتح ناصر الدين المطرزي، تحقيق كل من محمود فاخوري، وعبد الحميد مختار، ط. الأولى ١٣٩٩هـ، الناشر/ مكتبة أسامة بن زيد (حلب- سورية).

١٥. النهاية في غريب الحديث والأثر: لابن الأثير: مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري، تحقيق كل من طاهر أحمد الزاوي، ومحمود محمد الطناحي، توزيع دار الباز- مكة المكرمة.

ثامناً: كتب التاريخ والرجال والطبقات:

١. أخبار مكة وما جاء فيها من الآثار: للأزرقي: أبي الوليد محمد بن عبد الله بن أحمد، تحقيق رشدي الصالح ملحس، ط. الخامسة ١٤٠٨هـ، مطابع دار

الثقافة- مكة المكرمة.

٢. الاستبصار في نسب الصحابة من الأنصار: لابن قدامة: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، تحقيق الأستاذ علي نويهض، دار الفكر (بيروت- لبنان).

٣. الاستيعاب في معرفة الأصحاب: لابن عبد البر: أبي عمر يوسف بن عبد الله ابن محمد، تحقيق علي محمد البجاوي، طبع ونشر مكتبة نهضة مصر ومطبعتها (القاهرة- الفجالة).

٤. أسد الغابة في معرفة الصحابة: لابن الأثير: علي بن أبي الكرم محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني، دار إحياء التراث العربي (بيروت- لبنان).

٥. الإصابة في تمييز الصحابة: لابن حجر: أحمد بن علي العسقلاني، دار الكتب العلمية (بيروت- لبنان).

٦. الأعلام: للزركلي: خير الدين الزركلي، ط. الخامسة ١٩٨٠م، الناشر/ دار العلم للملايين (بيروت- لبنان).

٧. إنباه الرواة على أنباه النحاة: لجمال الدين أبي الحسن علي بن يوسف القفطي، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، ط. الأولى ١٤٠٦هـ، طبع ونشر دار الفكر (القاهرة- جمهورية مصر العربية)، ومؤسسة الكتاب الثقافية (بيروت- لبنان).

٨. البداية والنهاية: لابن كثير: أبي الفداء إسماعيل بن عمرو، الناشر/ دار الفكر (بيروت- لبنان) ١٣٩٨هـ.

٩. البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع: للشوكاني: محمد بن علي، الناشر/ دار المعرفة (بيروت- لبنان).

١٠. بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة: للسيوطي: جلال الدين عبد الرحمن ابن أبي بكر، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، مطبعة عيسى البابي الحلبي بالقاهرة ١٣٨٤هـ.

١١. البلغة في تراجم أئمة النحو واللغة: لمحمد بن يعقوب الفيروزآبادي، تحقيق محمد المصري، ط. الأولى ١٤٠٧هـ، الناشر/ مركز المخطوطات والتراث- الكويت.
١٢. تذكرة الحفاظ: للذهبي: شمس الدين أبي عبد الله محمد الذهبي، دار إحياء التراث العربي (بيروت- لبنان).
١٣. ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مالك: للقاضي عياض بن موسى اليحصبي، تحقيق د/ أحمد بكير محمود، الناشر/ دار المكتبة الحياة (بيروت- لبنان)، ودار مكتبة الفكر (طرابلس، بيروت- لبنان).
١٤. تقريب التهذيب: لابن حجر: أحمد بن علي العسقلاني، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، ط. الثانية ١٣٩٥هـ، الناشر/ دار المعرفة (بيروت- لبنان).
١٥. تهذيب الأسماء واللغات: للنووي: أبي زكريا يحيى بن شرف، طبع المطبعة المنيرية، الناشر/ دار الكتب العلمية (بيروت- لبنان).
١٦. تهذيب التهذيب: لابن حجر: أحمد بن علي العسقلاني، ط. الأولى، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية (حيدر آباد- الدكن- الهند) ١٣٢٥هـ.
١٧. الجرح والتعديل: لأبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم محمد بن إدريس الرازي، ط. الأولى،مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية (حيدرآباد- الدكن- الهند) ١٣٧٢هـ.
١٨. الجواهر المضية في طبقات الحنفية: لأبي محمد عبد القادر بن أبي الوفاء الحنفي، تحقيق د/ عبد الفتاح محمد الحلو، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، الناشر/ دار العلوم- الرياض.
١٩. الجوهر المنضد في طبقات متأخري أصحاب أحمد: ليوسف بن الحسن بن عبد الهادي الحنبلي المعروف بـ(ابن المبرد)، تحقيق د/ عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، ط. الأولى ١٤٠٧هـ، مطبعة المدني بالقاهرة، الناشر/ مكتبة الخانجي- القاهرة.

٢٠. الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة: لابن حجر: أحمد بن علي العسقلاني تحقيق محمد سيد جاد الحق، ط. الثانية ١٣٨٥هـ، مطبعة المدني، الناشر/ دار الكتب الحديثة- القاهرة.
٢١. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب: لابن فرحون المالكي: برهان الدين ابراهيم بن علي بن محمد، دار الكتب العلمية (بيروت- لبنان).
٢٢. ذيل طبقات الحنابلة: لابن رجب: أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين الحنبلي، الناشر/ دار المعرفة (بيروت- لبنان).
٢٣. السحب الوابلة على ضرائح الحنابلة: لابن حميد: محمد بن عبد الله بن علي، مخطوط في معهد إحياء المخطوطات العربية التابع لجامعة الدول تصويراً عن مكتبة خدابخش تحت رقم ٣٤٦٨.
٢٤. شذرات الذهب في أخبار من ذهب: لأبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي، دار إحياء التراث العربي (بيروت- لبنان).
٢٥. طبقات الحفاظ: للسيوطي: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، تحقيق علي محمد عمر، ط. الأولى ١٤٠٣هـ الناشر/ دار الكتب العلمية (بيروت- لبنان).
٢٦. طبقات الحنابلة: لابن أبي يعلى: أبي الحسين محمد بن أبي يعلى، الناشر/ دار المعرفة (بيروت- لبنان).
٢٧. الطبقات السنية في تراجم الحنفية: لتقي الدين بن عبد القادر التميمي الداري الغزي، تحقيق د/ عبد الفتاح محمد الحلو، ط. الأولى ١٤٠٣هـ، الناشر/ دار الرفاعي (الرياض- المملكة العربية السعودية).
٢٨. طبقات الشافعية: للإسنوي: عبد الرحيم الإسنوي، تحقيق كمال يوسف الحوت، ط. الأولى ١٤٠٧هـ، طبع ونشر دار الكتب العلمية (بيروت- لبنان).
٢٩. طبقات الفقهاء: لأبي إسحاق الشيرازي الشافعي، تحقيق وتقديم د/ إحسان عباس، ط. الثانية ١٤٠١هـ، دار الرائد العربي (بيروت- لبنان).
٣٠. طبقات الشافعية: للسبكي: عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، الناشر/ دار

المعرفة (بيروت- لبنان).

٣١.الطبقات الكبرى: لابن سعد:محمد بن سعد بن منيع، الناشر/ دار صادر (بيروت- لبنان).

٣٢.طبقات النحويين واللغويين: للزبيدي: أبي بكر محمد بن الحسن الزبيدي ط. الثانية، الناشر/ دار المعارف- القاهرة.

٣٣.الفوائد البهية في تراجم الحنفية: لمحمد بن عبد الحي اللكنوي الهندي، دار المعرفة (بيروت- لبنان).

٣٤.الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة: للذهبي: محمد بن أحمد بن عثمان، تحقيق وتعليق عزت علي عطية، وموسى محمد علي الموشى، ط. الأولى ١٣٩٢هـ، دار الكتب الحديثة (القاهرة- جمهورية مصر العربية).

٣٥.لسان الميزان: لابن حجر: أحمد بن علي العسقلاني، ط. الثانية، دار الكتاب الإسلامي لإحياء ونشر التراث الإسلامي.

٣٦.مختصر طبقات الحنابلة: لابن الشطي: محمد جميل بن عمر البغدادي، دراسة فوّاز أحمد زمرلي، ط. الأولى ١٤٠٦هـ، الناشر/ دار الكتاب العربي (بيروت- لبنان).

٣٧.مراتب النحويين: لعبد الواحد بن علي أبو الطيب اللغوي، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، دار الفكر العربي (القاهرة- جمهورية مصر العربية).

٣٨.معجم المؤلفين (تراجم مصنفي الكتب العربية): لعمر رضا كحالة، دار إحياء التراث العربي (بيروت- لبنان).

٣٩.المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد: لابن مفلح: برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله، تحقيق الدكتور/ عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، ط. الأولى ١٤١٠هـ، مطبعة المدني بالقاهرة، الناشر/ مكتبة الرشد (الرياض- المملكة العربية السعودية).

٤٠.المنهج الأحمد في تراجم أصحاب الإمام أحمد: لأبي اليمن مجير الدين عبد

الرحمن بن محمد العليمي، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، ط. الثانية ١٤٠٤هـ، عالم الكتب (بيروت- لبنان).

٤١. ميزان الاعتدال في نقد الرجال: للذهبي: أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان، تحقيق علي محمد البجاوي، دار المعرفة (بيروت- لبنان).

٤٢. النّعت الأكمل لأصحاب الإمام أحمد بن حنبل من سنة ٩٠١هـ- ١٢٠٧هـ: لمحمد كمال الدين بن محمد الغزي العامري، تحقيق وجمع محمد مطيع الحافظ، ونزار أباظة، طبعة عام ١٤٠٢هـ، دار الفكر (بيروت- لبنان).

٤٣. نيل الابتهاج بتطريز الديباج: لأحمد بن أحمد بن أحمد بن عمر المعروف ببابا التنبكتي، مطبوع على هامش الديباج المذهب، الناشر/ دار الكتب العلمية (بيروت- لبنان).

تاسعاً: كتب ورسائل وبحوث متنوع[1]:

١. الإجارة الواردة على عمل الإنسان: للدكتور/ أشرف بن علي الشريف، ط. الأولى ١٤٠٠هـ، الناشر/ دار الشروق (جدة- المملكة العربية السعودية).

٢. أحكام التصرف في المنافع: لفهد بن عبد الله العمري، رسالة ماجستير بإشراف الدكتور/ فاروق عبد العليم مرسي ١٤٠٥هـ، مطبوعة على الآلة الكاتبة.

٣. أحكام الوصايا والأوقاف: للدكتور/ بدران أبو العينين بدران، طبعة سنة ١٩٨٢م، دار بورسعيد للطباعة (الإسكندرية- جمهورية مصر العربية).

٤. أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية: الدكتور/ عبيد الكبيسي، مطبعة الإرشاد (بغداد- الجمهورية العراقية) ١٣٩٧هـ.

---

(١) بعض هذه الكتب والرسائل والبحوث لم أستفد منها استفادة مباشرة، وإنما استعنت بها في الدلالة على مواضع بعض المسائل من الكتب المتقدمة، وفي القراءة العامة عن المسألة المقصودة بالبحث، وفي تقسيم المباحث والمطالب وغير ذلك، وإنما ذكرتها هنا من باب الأمانة العلمية، والاعتراف بالفضل لأهله، وخصصتها بالذكر من بين سائر ما استفدت منه لكثرة استفادتي منها.

٥. أحكام الوقف والميراث: لأحمد إبراهيم بك، طبعة سنة ١٣٥٥هـ، المطبعة السلفية (القاهرة- جمهورية مصر العربية).

٦. الأموال: لأبي عبيد القاسم بن سلام، تحقيق وتعليق محمد خليل هراس، ط. الأولى ١٤٠٦هـ، دار الكتب العلمية (بيروت- لبنان).

٧. التصرف في الوقف: لإبراهيم بن عبد العزيز الغصن، رسالة دكتوراة بإشراف فضيلة الشيخ/ عبد العزيز بن عبد الله آل الشيخ ١٤٠٩هـ، مطبوعة على الآلة الكاتبة.

٨. الزواجر عن اقتراف الكبائر: لابن حجر الهيتمي: أبي العباس أحمد بن محمد، ضبطه وكتب هوامشه أحمد عبد الشافي، ط. الأولى ١٤٠٧هـ، دار الفكر (بيروت- لبنان).

٩. السلم والمضاربة من عوامل التيسير في الفقه الإسلامي: للدكتور/ زكريا محمد الفالح القضاة، ط. الأولى ١٩٨٤م، الناشر/ دار الفكر (عمان- الأردن).

١٠. الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي: للدكتور/ عبد العزيز عزت الخياط، ط. الثانية ١٤٠٣هـ، مؤسسة الرسالة (بيروت- لبنان).

١١. شركة العنان في الفقه الإسلامي: لإبراهيم فاضل الدبو، ط. الأولى ١٤٠٣هـ، الناشر/ مكتبة الأقصى (عمان- الأردن).

١٢. عقد الرهن في الشريعة الإسلامية: للدكتور/ الشافعي عبد الرحمن السيد عوض، ط. الأولى ١٣٩٨هـ، دار الأنصار (القاهرة- جمهورية مصر العربية).

١٣. عقد المضاربة: لإبراهيم فاضل يوسف الدبو، مطبعة الإرشاد (بغداد- الجمهورية العراقية) ١٣٩٣هـ.

١٤. عقد المضاربة بين الشريعة والقانون ومدى صلاحيته للتطبيق في العمليات المصرفية المعاصرة. للدكتور/ عبد العظيم شرف الدين، ط. الأولى ١٣٩٤هـ، الناشر/ مكتبة الكليات الأزهرية- القاهرة.

١٥. عقد الوكالة في الفقه الإسلامي: إعداد سيد محمد صادق الأنصاري، ط.

الأولى ١٤٠٨هـ الناشر/ مكتبة جدة (جدة- المملكة العربية السعودية).
١٦. العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة: للدكتور/ عيسى عبده، ط. الأولى ١٣٩٧هـ بحث مقدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي المنعقد بمدينة الرياض ذي القعدة ١٣٩٦هـ بدعوة من جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، دار الاعتصام (القاهرة- جمهورية مصر العربية).
١٧. مجلة البحوث الإسلامية: مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالرياض، العدد الثالث- المجلد الأول، (رجب- شعبان- رمضان- شوال- ذو القعدة- ذو الحجة ١٣٩٧هـ).
١٨. مجلة البحوث الفقهية المعاصرة: صاحبها ورئيس تحريرها د/ عبد الرحمن بن حسن النفيسة، تصدر في (الرياض- المملكة العربية السعودية). العدد الثالث (السنة الأولى- ربيع آخر- جمادى الأولى- جمادى الآخرة ١٤١٠هـ).
١٩. المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لابن بدران: عبد القادر بن أحمد بن مصطفى، قدّم له أسامة عبد الكريم الرفاعي، مؤسسة دار العلوم لخدمة الكتاب الإسلامي (بيروت- لبنان).
٢٠. المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود: لمحمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية (بيروت- لبنان) ١٤٠١هـ.
٢١. المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية: للدكتور/ عبد الكريم زيدان، مكتبة القدس- مؤسسة الرسالة ١٣٩٦هـ.
٢٢. معجم البلدان: لشهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي، دار صادر (بيروت- لبنان).
٢٣. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية: لأحمد فراج حسين، ط. الأولى، شركة الطباعة الفنية المتحدة، القاهرة.
٢٤. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية: لمحمد أبو زهرة، دار الاتحاد العربي للطباعة لصاحبها: محمد عبد الرزاق، القاهرة- شارع الجيش.

٢٥.موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي: للمستشار: سعدي أبو جيب، دار العربية (بيروت- لبنان).
٢٦.نظرية الضمان، أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي: للدكتور/ وهبة الزحيلي، ط. الأولى ١٣٨٩هـ، دار الفكر (بيروت- لبنان).
٢٧.نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام: للأستاذ الدكتور/ محمد فوزي فيض الله، ط. الأولى ١٤٠٣هـ، مكتبة التراث الإسلامي- الكويت.
٢٨.الوكالة في الفقه الإسلامي: إعداد: طالب قائد مقبل، ط. الأولى ١٤٠٣هـ، دار اللواء (الرياض- المملكة العربية السعودية).

سادساً: فهرس الموضوعات:

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الباب الثاني
تصرفات الأمين في عقود التفويض والإطلاق

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة